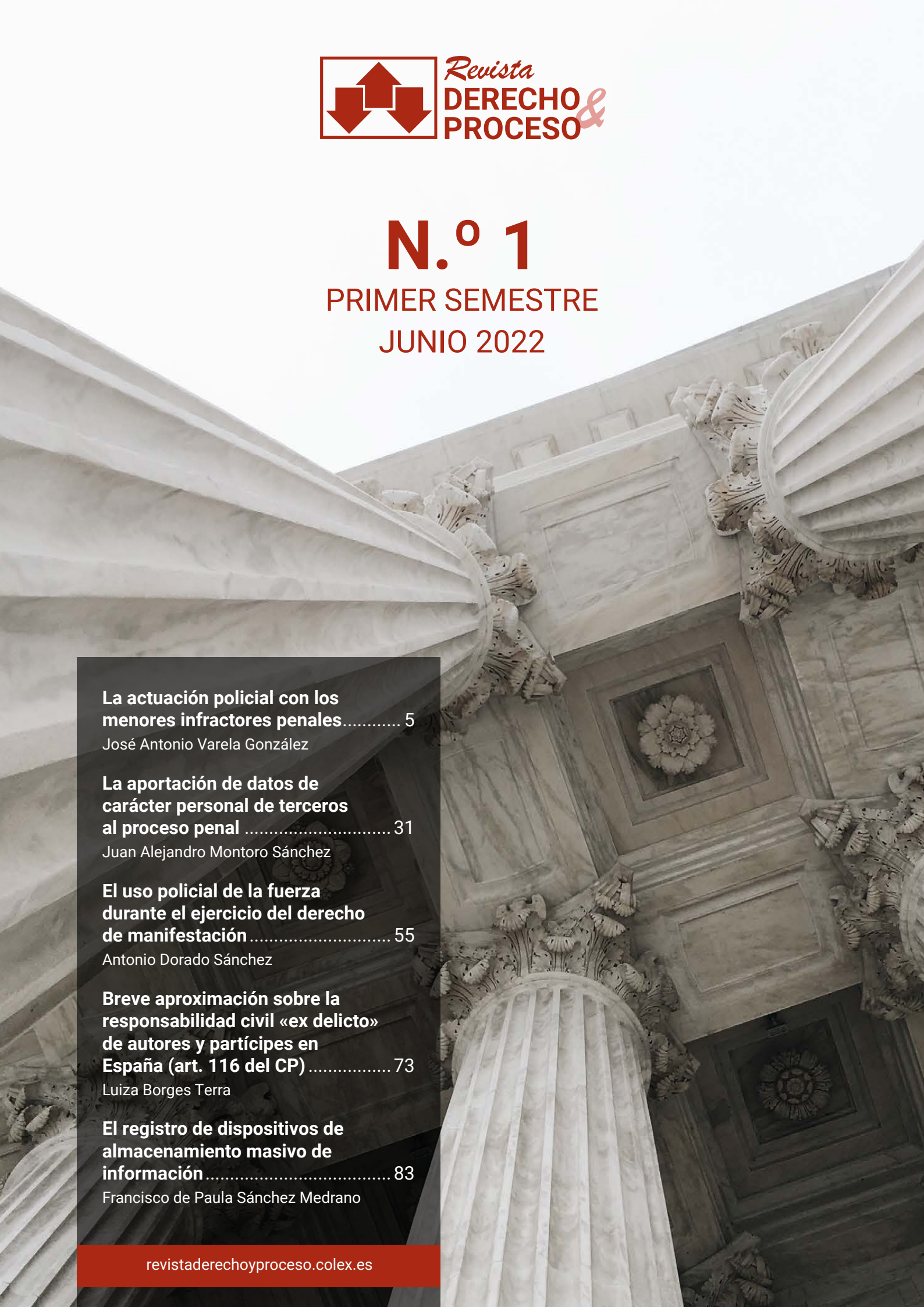
Revista DERECHO & PROCESO

# N.º 1

PRIMER SEMESTRE
JUNIO 2022



**La actuación policial con los menores infractores penales** ..... 5
José Antonio Varela González

**La aportación de datos de carácter personal de terceros al proceso penal** ..... 31
Juan Alejandro Montoro Sánchez

**El uso policial de la fuerza durante el ejercicio del derecho de manifestación** ..... 55
Antonio Dorado Sánchez

**Breve aproximación sobre la responsabilidad civil «ex delicto» de autores y partícipes en España (art. 116 del CP)** ..... 73
Luiza Borges Terra

**El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información** ..... 83
Francisco de Paula Sánchez Medrano

revistaderechoyproceso.colex.es

# REVISTA DERECHO & PROCESO

**© Editorial Colex S.L.**

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

91 109 41 00 info@colex.es

revistaderechoyproceso@colex.es

# DIRECCIÓN

**Raúl Sánchez Gómez**
Prof. Dr. Derecho Procesal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

# CONSEJO EDITORIAL

**José Antonio Colmenero Guerra**
Profesor titular de Derecho Procesal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

**José María Contreras Mazarío**
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

**Ignacio Colomer Hernández**
Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

**Antonio Dorado Picón**
Letrado de la Administración de Justicia.
Doctor en Derecho. Profesor asociado de Derecho Procesal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

**Alfonso Galán Muñoz**
Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

**Vicente Guzmán Fluja**
Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

**Mercedes Llorente Sánchez Arjona**
Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla.

**Elena Núñez Castaño**
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

**Carmen Quesada Alcalá**
Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad Nacional de Educación a Distancia.

**Rafael Rodríguez Prieto**
Profesor titular de Filosofía del Derecho, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

**Bernardino Varela Gómez**
Profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela.

**COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN:**
Editorial Colex

**ISSN:**
2951-844X

# PRESENTACIÓN

La Revista Derecho y Proceso nace del firme impulso de la editorial Colex por dotarse de un espacio de reflexión e intercambio de conocimiento jurídico que permita incorporar un canal de publicación idóneo al servicio de los diferentes operadores jurídicos, a saber: profesorado universitario, magistratura, fiscalía, abogacía, procuraduría, etc.

En efecto, la interrelación de los diferentes operadores jurídicos permitirá plantear una revista innovadora que vocaciona ocupar un lugar prevalente en el panorama editorial de España y América.

De esta forma, la revista propone a sus autores el cumplimiento de unos estándares editoriales de excelencia y calidad acordes con los postulados exigidos por las principales entidades de indexación y en consonancia con aquellos definidos en el Código ético del Comité de Ética para Publicaciones (Committee on Publication Ethics – COPE).

Asimismo, la revista ha diseñado una política de privacidad aplicable tanto al procedimiento de envío, evaluación y posterior publicación de artículos como respecto al tratamiento de los datos personales de los autores que interactúan a través de la plataforma con la propia editorial.

Por todo lo anterior, animamos a la comunidad científica y al resto de operadores jurídicos a participar de este novedoso proyecto editorial, agradeciendo a los profesionales que integran la entidad su amable invitación a formar parte de la gran familia editorial que Colex representa.

**Raúl Sánchez Gómez**
Prof. Dr. Derecho Procesal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

# LA ACTUACIÓN POLICIAL CON LOS MENORES INFRACTORES PENALES

**José Antonio Varela González**
Intendente de la Ertzaintza. Licenciado en Derecho y Profesor-tutor de Criminología de la UNED.
Mail: javarelag@gmail.com

**Recibido el 5 de julio de 2024; aceptado el 5 de julio de 2024.**

«La juventud de hoy ama el lujo. Es mal educada, desprecia la autoridad, no respeta a sus mayores, y chismea mientras debería trabajar. Los jóvenes ya no se ponen de pie cuando los mayores entran al cuarto. Contradicen a sus padres, fanfarronean en la sociedad, devoran en la mesa los postres, cruzan las piernas y tiranizan a sus maestros».
(Sócrates 470 a. C. - 399 a. C.).

Hace 2500 años ya existían prejuicios con la juventud…

**Palabras clave:** menores, delincuencia, detención, edad, derechos, fundamentales.
**Keywords:** minors, delinquency, detention, age, rights, fundamental.

**Resumen:** El tratamiento del menor infractor penal supone para la policía y el resto de profesionales que deben interactuar con él un verdadero reto, especialmente cuando es detenido. Deben unirse sensibilidad y la obligación legal de perseguir todo tipo de delitos y poner todo lo actuado ante las instancias judiciales oportunas; para lo cual deben conocerse las principales normas legales y principios de interpretación de las mismas que contienen las circulares e instrucciones de Fiscalía, de la Secretaría de Estado de Seguridad y la jurisprudencia. Todo ello dará seguridad a la totalidad de operadores jurídicos.

**Abstract:** The treatment of juvenile criminal offenders is a real challenge for the police and other professionals who must interact with them, especially when they are arrested. They must unite sensitivity and the legal obligation to prosecute all types of crimes and put all the actions taken before the appropriate judicial instances; for which they must know the main legal rules and principles of interpretation of the same contained in the circulars and instructions of the Prosecutor's Office, the Secretary of State for Security and jurisprudence. All this will provide security to all legal operators.

## I.- INTRODUCCIÓN

El objeto fundamental de este trabajo, que he decidido dividir en dos partes en forma de artículos, es el tratamiento policial del menor infractor penal.

En esta primera parte se van a exponer datos y una delimitación conceptual y penal de lo que se considera delincuente juvenil, así como sus causas y teorías criminológicas tentativas de explicación de este fenómeno. Considero que antes de entrar en cuestiones de procedimiento, es necesario conocer estas cuestiones, tanto por parte de la policía como por cualquier operador jurídico o social.

### I.1. LOS DATOS DE LA DELINCUENCIA JUVENIL Y LA FINALIDAD DEL PRESENTE TRABAJO

**Condenados por sentencia firme - Año 2020**

| | Valor | Variación anual |
|---|---|---|
| Total Condenados Menores | 11.238 | -20,4 |
| Hombres | 9.082 | -18,6 |
| Mujeres | 2.156 | -27,0 |
| Condenados por delitos sexuales | 390 | -6,3 |

Se refiere a personas de 14 a 17 años

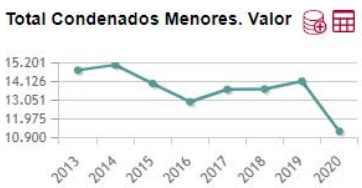



TABLA 1. Menores condenados en firme en 2020.
Fuente INE. Justicia /Estadística de condenados: Menores / Últimos datos (consulta: 9.06.2022)

Me ha parecido interesante comenzar este trabajo poniendo en valor cual es la realidad criminológica/penitenciaria de los menores infractores. Hay que destacar que en 2020 fueron condenados por sentencia firme 221.437 adultos, un 22,8 % menos que el año anterior, y 11.238 menores, un 20,4 % menos. Es cierto que el año 2020 no es el más fiable estadísticamente, por todos los problemas de confinamiento y movilidad fruto de la COVID-19, pero es el más reciente. Si lo ponemos en porcentajes, del total de condenas los menores fueron autores tan solo del 5.04 % del total. En 2019 fueron condenados por sentencia firme 286.931 adultos, un 0,1 % más que el año anterior, y 14.112 menores, un 3,3 % más que el año anterior; aunque la proporción entre adultos y menores sigue siendo la misma. En cuanto al sexo, la mayoría de los delitos son cometidos por varones, mientras que el de las chicas sigue siendo inferior (19 % del total en 2019), aunque con tendencia al aumento proporcional, especialmente en delitos de lesiones y acoso a otras chicas, usando para ello las nuevas tecnologías derivadas de internet.

¿Son muchos o pocos…? Con independencia de cuál sea la respuesta, lo cierto es que, en España, el tema de los menores infractores se está convirtiendo en un problema tendencialmente creciente, que ocupa la atención de diversas ramas del saber (psicología, sociología, derecho…), las cuales tratan de dar una respuesta desde el conocimiento propio a las causas, prevención y tratamiento de los menores infractores. Si es cierto que en muchas ocasiones estas se superponen entre sí y están desconectadas o no consideran otras ópticas.

Aunque no es el objeto principal de este artículo, sí es necesario realizar una breve síntesis introductoria en cuanto al estado de la ciencia y cómo las diversas ramas del conocimiento tratan el problema de los menores infractores, indispensable para poder abordar correctamente cuáles sean los factores de riesgo y protección para evitar la comisión de actos delictivos por parte de los menores y, producido este, qué, tratamiento y medidas deben adoptarse desde los poderes públicos.

Debido a todo lo anterior, todos los Cuerpos de Policía de nuestro país tienen en el tratamiento del menor infractor, sea por vía administrativa o penal, una dedicación cada vez más progresiva.

Es, sin duda, el infractor penal el que tiene un tratamiento más atento por parte de estos, habiéndose adaptado incluso la propia organización policial a la relación con los mismos.

Esa es la **finalidad del presente trabajo:** conocer, aunque sea sucintamente, cuál es el procedimiento de actuación policial ante un menor infractor penal. Pero se debe dejar por sentado desde el inicio, que, aunque no es objeto de este la actuación policial con menores víctimas, sea por delitos tales como la sustracción de menores, objeto de trata o en situación de riesgo o desamparo, son probablemente estas situaciones de protección las que acaparan más actuaciones policiales que las derivadas de los menores infractores penales. De hecho, la mayoría de los grupos especializados en las distintas policías invierten más tiempo y recursos en esa función tuitiva que la represora derivada de la existencia de un delito. El delincuente menor infractor debe tener, legal y socialmente, un tratamiento diferenciado al adulto. Al entrar en contacto con una institución de control formal como es la policía, deben los miembros de esta tener en consideración factores sociales, psicológicos y legales que le diferencian sustancialmente del trato con respecto a los adultos delincuentes.

Por ello, antes de nada, es imprescindible comenzar por conocer las causas y teorías criminológicas que explican el porqué existen menores, jóvenes o niños que cometen actos delictivos y también que se considera, en términos jurídico-penales, sobre a quién se considera delincuente juvenil, siguiendo fundamentalmente los criterios del Profesor Vázquez González.[1]

## I.2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y PENAL DEL DELINCUENTE JUVENIL

Antes de nada, hay que entender que dos circunstancias deben darse para que un joven sea catalogado como delincuente juvenil, así como las consecuencias jurídico-penales que de ello se derivan:

### A) LA COMISIÓN DE UN HECHO DELICTIVO RECOGIDO EN LAS NORMAS PENALES[2]

Los jóvenes que acaban ante la justicia juvenil suelen seguir un *iter* que recorre un camino que comienza con la realización de conductas antisociales, que suponen la infracción de normas y expectativas sociales y aunque no todas ellas suponen un reproche penal, sí que todos los delitos son antisociales. También se trata de actos desviados, entendiendo por tales aquellos que se desvían del término medio y con unas connotaciones negativas y reprobables. Al igual que en las conductas antisociales, no todos los actos desviados tienen consecuencias jurídico-penales. Para que este hecho se dé, no solo se debe dar esa violación a las normas de convivencia, sino que,

1. Vázquez González, C. (2019), *Delincuencia juvenil*, Madrid: Dykinson.
2. Vázquez González, C. op.Cit. pp. 3-8.


ISSN: 2951-844X

además, está prohibida por la sociedad (tipificada en el CP) implicando una reacción por parte de esta, a cargo de la Administración penal de Justicia.

Las normas más importantes que hay que tener en consideración al tratar de la criminalidad juvenil son, además del propio Código Penal (C.P.), la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM)[3] y diversas Instrucciones de la Fiscalía y de la Secretaría de Estado de Seguridad en las que se dan instrucciones tanto a la Fiscalía como a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FFCCS) sobre aspectos concretos del tratamiento al menor infractor penal.

B) **LA EDAD DEL JOVEN**

Desde el punto de vista jurídico, el menor infractor es aquel que no ha alcanzado la mayoría de edad penal y que comete un delito. La edad concreta se realiza en base a una construcción sociocultural que responde a distintos factores en distintas naciones y en relación con distintos conceptos psicológicos, sociológicos, culturales y legales. En nuestro país, se trata de una franja de edad que abarca a los jóvenes mayores de años 14 y menores de 18 años. Los hechos delictivos cometidos por los menores de esa edad son inimputables, es decir, queda fuera del circuito penal, no siendo, por tanto, posible por parte del Estado exigirles responsabilidades civiles a las personas encargadas de velar por el menor.

Precisamente la determinación de la edad, por la importancia capital que tiene, va a ser tratada en un apartado concreto.

En resumen, se parte de los mismos principios y exigencias en la aplicación de la ley penal para los menores que para los adultos. Las mismas normas tipificadas en nuestra ley penal les son de aplicación y también las causas de agravación, atenuación o eximentes para la determinación de su responsabilidad criminal. Se diferencia por franjas de edad: de 14 a 15 años y de 16 a 17 años. A los mayores de 16 se les aplica un agravante específico en la determinación de las medidas a aplicar si se trata de comisión de delitos violentos, con intimidación o que supongan un peligro para las personas.

## I.3. MEDIDAS A APLICAR

Al joven infractor penal se le aplicarán las medidas que recoge el artículo 7 de la LORRPM y su ejecución se realizara de acuerdo con lo previsto en el capítulo III, de las Reglas para la ejecución de las medidas, del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

A) **INTERNAMIENTO:** es, sin duda, la más grave de todas ellas y supone la restricción absoluta o parcial de la libertad de movimiento, como un penal juvenil. Las modalidades son:
   - Régimen cerrado, con lo que obliga a los menores a residir en el centro en cual desarrollaran todas las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Esta medida tan solo se aplica cuando se imputen delitos menos graves, pero se haya empleado «violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas». También delito cuando se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, pero nunca en el caso de acciones u omisiones imprudentes.
   - Régimen semiabierto: obliga a los menores a residir en el centro. Las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio las realizan fuera del mismo.
   - Régimen abierto: llevan una vida normalizada en los servicios del educativos y sociales de su entorno, pero residiendo en el centro, el cual será su domicilio habitual. El programa que llevan se ajustará al marcado por el régimen interno del mismo.

B) **INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN CERRADO, SEMIABIERTO O ABIERTO:** en ellos «*se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad*». Se aplica como complemento de otra medida y si la rechaza deberá aplicársele otra adecuada a sus circunstancias.

3. La Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, (LORRPM) ha sufrido diversas modificaciones por las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y 8/2006. El Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, aprobó el Reglamento de Desarrollo de la LORRPM.

C) **TRATAMIENTO AMBULATORIO:** deben asistir para seguir tratamiento en estos centros, de acuerdo con lo prescrito por los facultativos «*para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan*», en las mismas condiciones que el anterior.
D) **ASISTENCIA A UN CENTRO DE DÍA:** residen en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.
E) **PERMANENCIA DE FIN DE SEMANA:** deben permanecer en su domicilio o en un centro «*hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo*». Se exceptúa si deben realizar actividades socio-educativas asignadas por el juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.
F) **LIBERTAD VIGILADA:** medida destinada a hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquella a superar los factores que determinaron la infracción cometida y siguiendo las pautas socio-educativas elaboradas en el programa de intervención aprobado por el juez de menores. Se hace un seguimiento de la asistencia a la escuela y otros centros a los que deba acudir el menor, siguiendo las pautas socio-educativas marcadas y sometido a la intervención del profesional o entidad pública y las entrevistas que estos marquen.
G) **LA PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE O COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA O CON AQUELLOS DE SUS FAMILIARES U OTRAS PERSONAS QUE DETERMINE EL JUEZ:** es una medida similar a las que se toman con los mayores de edad (muchas veces, en casos de violencia de género). Si le impide seguir residiendo en su domicilio habitual con sus padres, tutores o guardadores, el fiscal promoverá las medidas de protección adecuadas.
H) **CONVIVENCIA CON OTRA PERSONA, FAMILIA O GRUPO EDUCATIVO:** la persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquella en su proceso de socialización.
I) **PRESTACIONES EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD:** la persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad.
J) **REALIZACIÓN DE TAREAS SOCIO-EDUCATIVAS:** la persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.
K) **AMONESTACIÓN:** esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el juez de menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.
L) **PRIVACIÓN DEL PERMISO DE CONDUCIR CICLOMOTORES Y VEHÍCULOS A MOTOR, O DEL DERECHO A OBTENERLO, O DE LAS LICENCIAS ADMINISTRATIVAS PARA CAZA O PARA USO DE CUALQUIER TIPO DE ARMAS:** esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.
M) **INHABILITACIÓN ABSOLUTA:** la medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleo público.

Según el citado artículo 7 de la LORRPM, cuando se trate de jóvenes mayores de 16 años, en los supuestos de extrema gravedad, solo se podrá dejar sin efecto, reducir la duración o sustituir la medida impuesta cuando haya transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

Es importante resaltar que el Ministerio Fiscal puede desistir de la incoación del expediente cuando se trate de menores de 16 años y los hechos sean constitutivos de falta o delito menos grave sin violencia o intimidación. En ese caso, podrá dar traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores con el fin de que se les apliquen pertinentes normas de protección.

Asimismo, el instituto de la mediación del equipo técnico tiene singular importancia en los delitos cometidos por los menores, puesto que la reparación del daño causado y la conciliación del menor delincuente con la víctima, con la mediación antedicha o el compromiso de cumplir la actividad educativa propuesta por el mismo pueden dar lugar al sobreseimiento del expediente, siempre que el hecho imputado sea constitutivo de falta o delito menos grave.

Todas estas medidas las puede aplicar el juez de menores con la flexibilidad e innovación que considere más adecuadas para la socialización y rehabilitación del del menor, puesto que la LORPM determina en su artículo 7.3 que,


ISSN: 2951-844X

para la elección de la medida más adecuada, se atenderá «no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor».

Asimismo, puede dejar sin efecto las medidas impuestas, reducir su duración o sustituirlas por otras, por tiempo igual o menor al que reste para su cumplimiento, «siempre que la modificación redunde en interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta». Ello ha dado lugar a que algunas de ellas hayan sido muy novedosas y poco ortodoxas[4].

# II.- DESARROLLO Y CAUSAS DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

## II.1. INICIO Y DESESTIMIENTO DE LA CARRERA CRIMINAL. LA CURVA DE LA EDAD

### II.1.1. COMIENZO Y TIPOLOGÍA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

El comienzo de la carrera delictiva de los jóvenes suele iniciarse por robos con fuerza en las cosas y hurtos. Muchas veces por puro placer lúdico, más que por el sentido material de lo sustraído. Suelen ser jóvenes o niños que empiezan a tener problemas de toxicomanías y con un grupo de pares que amparan sus desmanes. El fracaso escolar y una familia desestructurada suelen ser también compañeros habituales de estos jóvenes. Y se trata fundamentalmente de varones, puesto que la delincuencia juvenil de las niñas es muy marginal, aproximadamente solo el 15 % de la misma es cometida por mujeres, algo que también se da en la edad adulta.

En cuanto a los delitos más habituales de los jóvenes delincuentes destaca, sin duda, el hurto de todo tipo de bienes, incluidos los vehículos, delitos contra la propiedad, vandalismo, extorsión y, especialmente, el hurto (de bienes de consumo, de vehículos, etc.), el tráfico de drogas y los delitos contra la propiedad. Sin embargo, los que han experimentado mayor porcentaje de crecimiento son los de robo con violencia e intimidación, extorsión, coacciones, vandalismo y contra la libertad sexual.

Otro tipo de delitos habituales en las últimas décadas son el vandalismo sin sentido, que se materializa en daños al mobiliario urbano, incendios de contenedores de basura, grafitis —que causan daños muchas veces muy elevados—; vandalismo que se practica habitualmente bajo el cobijo de grupos ultras de aficionados al futbol o radicales políticos, sean estos de extrema derecha o izquierda. De hecho, el vandalismo en el fútbol[5] es uno de los principales problemas de orden público que encaran todas las organizaciones policiales en ambos hemisferios.

---

4 Han tenido mucho eco mediático las sentencias del Juez de Menores Emilio Calatayud de Granada, tales como matricularse en un curso de estilista a un menor que robó en una peluquería —cuyo examen consistirá en cortarle el pelo al propio juez—; o la del joven aficionado al dibujo, que fue condenado a relatar a través de un cómic de 15 páginas los motivos por los que había sido sentenciado. También tuvo mucho eco la condena, por conducción temeraria y sin carné, a un joven de 16 años de la localidad granadina de Darro, al cual obligó a acompañar durante 100 horas a una patrulla de la Policía Local o dar clases de informática a otro.
(Vid. https://www.lavanguardia.com/vida/20170125/413687386406/emilio-calatayud-sentencias.html —extraído el 16/06/2022—).

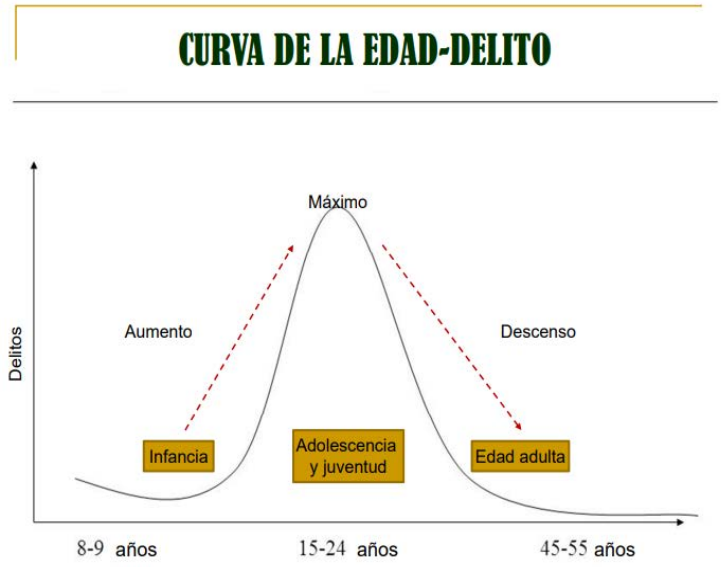
5 Solo hay que repasar las imágenes de caos e incidentes y los testimonios de aficionados que acudieron a la final de la Champions entre el Real Madrid y el Liverpool del pasado 28 de mayo de 2022. En vez de la típica algarada entre aficiones, fueron grandes grupos de jóvenes locales, que merodeaban por los alrededores del estadio, los que aprovecharon la confusión para colarse, amenazar, robar o asaltar a los aficionados.
Más allá de las responsabilidades organizativas, otras cuestiones extradeportivas se ponen sobre la mesa tras lo sucedido. El Stade de France de París en el que se celebró el evento deportivo está situado en el suburbio de Saint-Denis, al norte de la capital francesa. Una zona que es el reflejo de una fractura social: los problemas en la *banlieue*, como se denomina a los barrios periféricos de las grandes ciudades.
Pero ¿cómo es Saint-Denis, el suburbio que se convirtió en pesadilla para algunos de los aficionados el pasado sábado?
- Está situado a poco más de nueve kilómetros al norte del centro de París y tiene 110.000 habitantes, gran parte de origen inmigrante de distintas generaciones.
- El 50 % de la población tiene menos de 30 años.
- Según el propio alcalde, allí conviven 150 nacionalidades distintas. Existe una nutrida comunidad musulmana.
- Es un contexto económico deprimido, en el que el nivel de ingresos y de estudios es inferior a la media nacional.
- La tasa de paro es del 15,10 % y dobla a la media del país (7,4 %).
- También la cifra de robos duplica a la de la media nacional.
- Curiosamente, Saint-Denis es también el lugar en el que se sitúa la famosa basílica gótica en la que están enterrados algunos reyes de Francia.

A esta tipología clásica de la delincuencia juvenil hay que añadir los derivados del uso (más bien abuso) de las nuevas tecnologías. A través del anonimato que supone Internet y la impunidad que de ello se deriva, existe toda una nueva modalidad delictiva por parte de los jóvenes, especialmente de acoso y acoso escolar[6], con consecuencias especialmente graves para las víctimas[7].

La criminalidad relacionada con las drogas se encuentra entre las formas de manifestación de la criminalidad juvenil. Lo mismo sucede con el alcoholismo que, aunque no se encuentra definido como una causa de la criminalidad, sí se toman en cuenta los daños vinculados al exceso de consumo, que pueden ocasionar graves consecuencias.

Hay una característica común en este tipo de delincuencia: generalmente, el delito no se comete de forma individual sino en grupo.

### II.1.2 LA EDAD COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL EN EL ESTUDIO DEL DELITO




La curva de la edad sugiere un modelo de desarrollo secuencial: pocos delitos durante la infancia, un aumento vertiginoso de los delitos durante la adolescencia y la juventud y una participación en conductas delictivas que disminuye uniformemente durante la edad adulta.

TABLA 2. Autor Vázquez González, C. op.Cit. pág. 10

Lorenzo López, Ana Lorenzo. Diario NIUS (1 de junio de 2022). Saint-Denis, el suburbio de París que se convirtió en pesadilla para los hinchas en la final de la Champions. https://www.niusdiario.es/internacional/europa/20220531/francia-saint-denis-barrio-periferia-paris-convertido-pesadilla-hinchas-final-champions_18_06599180.html.

6 Al clásico maltrato que suponen el acoso escolar de tipo físico, psicológico y presencial –especialmente en el colegio- el ciberbullying supone un acoso permanente y durante las 24 horas del día, con lo cual el infierno que sufre la víctima es muchas veces insoportable.

7 En nuestro país se han dado casos de suicidio tras sufrir acoso escolar tanto en el colegio como a través de internet. Según Save The Children:

*«(…) existe una clara relación entre bullying, ciberbullying y suicidio pues para un adolescente el hecho de estar involucrado en situaciones de violencia, ya sea de pareja o familiar, acoso escolar o ciberbullying, como víctima o agresor, se ha descrito como un importante factor de riesgo para la conducta suicida.*

*Los menores que son víctimas de acoso escolar tienen 2,23 veces más riesgo de padecer ideaciones suicidas y 2,55 veces más riesgo de realizar intentos de suicido que aquellos que no lo han sufrido.*

*En el caso del ciberacoso, el impacto es todavía mayor. Incluso los adolescentes perpetradores de ciberbullying tienen un mayor riesgo de manifestar ideaciones y comportamientos suicidas, aunque en menor medida que las víctimas».* https://www.savethechildren.es/actualidad/suicidios-adolescentes-espana-factores-riesgo-datos.

El caso del holandés de 20 años Tim Ribberink, tras sufrir durante años acoso por internet, reabrió con toda crudeza el debate sobre el uso de las redes sociales. Especialmente cuestionada fue la actuación de la policía holandesa, que no investigó el origen de los mensajes humillantes que, de manera falsa, difundieron en su nombre. Todo ello alegando que no había denuncia previa del joven, pues no era suficiente con la de sus padres. (Vid. https://www.tecnoeduca.net/noticias/el-suicidio-de-otro-joven-que-sufria-acoso-por-internet-recrudece-el-debate-sobre-el-uso-de).

Aunque es uno de los pocos paradigmas que suscitan bastante consenso a nivel doctrinal, la Criminología no ha encontrado todavía una explicación absolutamente satisfactoria de este fenómeno, como mantiene el profesor Vázquez González[8]. La explicación mayoritaria es que el joven/adolescente pasa de estar enormemente influenciado por el grupo de iguales, alcanzando más autonomía individual con la madurez, a la vez que va adquiriendo responsabilidades sociales (trabajo, compromiso, familia), lo que favorece el abandono de comportamientos desviados e impulsivos, así como el abandono de características de la adolescencia como la atracción por el riesgo, bajo autocontrol y deseo de gratificación inmediata.

En sentido parecido, la profesora Serrano[9] sugiere una explicación de la curva de edad mediante una explicación del curso de la vida: En los primeros años de vida el control parental es muy fuerte, mientras que en la adolescencia se produce la unión con otros jóvenes y grupos de iguales, puesto que el grupo es fundamental para explicar determinados actos desviados o incluso delictivos cometidos por los jóvenes (es muy raro el delincuente juvenil que realiza sus primeras acciones de forma individual y aislada). Aproximadamente después de cumplir los 20 años, se casan o encuentran pareja, formando una familia que vuelve a influir de manera decisiva en los jóvenes. No obstante, se puede criticar esta teoría al utilizar datos agregados y no poder seguir en su totalidad la vida de estos.

### II.1.3. CAUSAS DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

Es muy importante conocer cuáles sean las causas de la violencia juvenil, especialmente porque si se hace un buen diagnóstico de estas, estaremos en camino de la receta para evitarla.

Las causas que explican este tipo de delincuencia no son, en general, válidas en la delincuencia adulta. Y es conveniente conocer cuáles sean sus características, que resume muy bien el profesor Vázquez González[10]:

1. Es una manifestación específica de la edad y debe considerarse como algo normal, ligado al aprendizaje de los niños, que desconocen las reglas y normas sociales. En la inmensa mayoría de los casos es un fenómeno esporádico que desaparece al llegar a la edad adulta, sin mayores efectos negativos.
2. Ligado sobre todo a los varones, pues la participación femenina es testimonial.
3. Es expresiva e instrumental, buscando la satisfacción inmediata, no utilitaria en la mayoría de los casos y signo de rebeldía. Esa improvisación hace que en alguna ocasión cause daños no intencionados.
4. Es versátil, puesto que, a diferencia de los delincuentes adultos, no se dirige a una actividad delictiva concreta.
5. Es un fenómeno grupal que se comete junto a jóvenes de la misma edad. Por eso son tan importantes las amistades o los grupos de pares, predictores de posibles problemas o de normalidad.
6. No suele existir, como hemos visto en la curva de la edad, una continuidad delictiva y cuanto más tardía sea la realización de estos actos, mejor es la predicción de la normalidad adulta.
7. Existe una elevada cifra negra, puesto que las víctimas, en su mayoría jóvenes, son bastante reacios a denunciar y además los delitos suelen ser leves.

Como se decía, conocidas las causas, es más fácil desarrollar programas de prevención como los que propone María José Díaz-Aguado Jalón, Catedrática de Psicología de la Universidad Complutense de Madrid[11]:

---

En España existe un tipo penal específico para las conductas graves de acoso, el artículo 173.1 del CP, que castiga al que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, así como actos hostiles o humillantes reiterados que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Dado que en los supuestos más graves, como es visto, la situación de hostigamiento puede llegar a desembocar en el suicidio de los menores acosados, esa conducta podría llegar a incardinarse en el art. 143.1 del CP por inducción al suicidio, aunque la prueba es complicada, pues la doctrina del TS exige que, para que concurran los requisitos del tipo delictivo, «requiere una colaboración, una prestación coadyuvante que ofrezca una cierta significación y eficacia en la realización del proyecto que preside a un sujeto de acabar con su propia existencia, es decir, una en relación de conducta por parte del sujeto activo de colaboración prestada a la muerte querida por otra persona, causalidad con su producción y con pleno conocimiento y voluntad de cooperar a la misma (…)» (sentencia del TS, entre otras, de 23 de noviembre de 1994).

8. Vázquez González, C. *op.cit.* pág.12
9. Serrano Tárraga, M.ª Dolores (2018), *Criminología. Introducción a sus principios*. 2.ª edición, Madrid: Dykinson. pp. 149 y ss.
10. Vázquez González, C., *op. cit*. pp. 13-20. Comparten criterios similares otros autores como: Serrano Maillo, Alfonso (2018), *Patrones y Procesos delictivos. La naturaleza y características del delito en la sociedad contemporánea*. Madrid: Dykinson, pp. 97-99.
11. Díaz–Aguado Jalón, María José (2003), «Diez condiciones básicas para prevenir la violencia desde la adolescencia». *Revista de Estudios de Juventud*, septiembre de 2003. Pp. 21-36.

1. Adaptar la educación a los actuales cambios sociales.
2. Luchar contra la exclusión y desarrollar el sentido del propio proyecto.
3. Superar el currículum oculto e incrementar la coherencia educativa.
4. Prevenir la violencia reactiva y la violencia instrumental.
5. Romper la conspiración del silencio sobre la violencia y construir la tolerancia desde la Escuela.
6. Prevenir la violencia a través de los procedimientos de disciplina.
7. Ayudar a romper con la reproducción intergeneracional del sexismo y la violencia.
8. Enseñar a rechazar la violencia e insertar dicho rechazo en una perspectiva más amplia: el respeto a los derechos humanos.
9. Utilizar los medios de comunicación en la prevención de la violencia.
10. Desarrollar la democracia participativa e incrementar la colaboración entre la escuela, la familia y el resto de la sociedad.

Y, finalmente, desarrollar programas de prevención de la violencia a partir de la investigación-acción, considerando el punto de vista de los adolescentes en situación.

# III.- TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS SOBRE LA DELINCUENCIA JUVENIL

## III.1. TEORÍAS NO SOLO CRIMINOLÓGICAS

Aunque el título habla de teorías criminológicas, como en la delincuencia, en general, no podemos hablar de factores causales, ni únicos ni bien delimitados. Hay diversas ciencias que interactúan y de alguna de ellas, como el Derecho Penal, ya hemos hablado. Y tangencialmente se han comentado aspectos sociales, educativos, sociológicos o psicológicos.

Aunque es cierto que diversas teorías criminológicas recogen estos aspectos (por ejemplo, la educación o la familia) como parte nuclear de las mismas, a continuación se vierte un breve comentario sobre alguno de los mismos:

### A) LA EDUCACIÓN, LA FAMILIA Y EL ENTORNO

Ambas circunstancias pueden ser factores de riesgo o protectores. Pensemos en el caso de la familia el efecto criminógeno que puede tener el vivir en una desestructurada, con problemas de pareja, alcoholismo, etcétera. Es evidente que la formación del joven y sus valores van a ser consecuencia muy directa de la educación, en el amplio sentido, recibida en el seno de la familia y del colegio. Junto a ello están otros aspectos ambientales.

En el caso de la escuela, está demostrado que el fracaso escolar es uno de los factores que favorecen la delincuencia, por lo que es necesario una colaboración estrecha padres-colegio.

Las amistades y el contacto con los grupos de pares ya los hemos mencionado como elemento protector o factor criminógeno. En este último caso, está relacionado muchas veces con el consumo de drogas.

Existen otros factores de carácter ambiental (ocio no adecuado, consumismos o el aislamiento de muchos jóvenes en internet) que también pueden ser ambivalentes si son adecuados o no.

### B) LA PERSONALIDAD

Existe una tipología de jóvenes delincuentes que ya desde la niñez pueden arrastrar problemas mentales. En ese caso, se trata de jóvenes cuyo comportamiento antisocial o delincuencial proceden de trastornos de tipo psicóticos, que como se ha dicho pueden arrastrar desde la infancia. En dichos casos podemos estar ante manifestaciones tales como la escasa relación con los demás, bajo rendimiento escolar, hipersensibilidad o ansiedad social.

Sin llegar a ello, existen una serie de características o variables de la personalidad que intervienen o influyen en mayor o menor medida en la propensión a la conducta antisocial, siendo la impulsividad, la búsqueda de sensaciones, la extraversión, la agresividad, etc., algunas de las que más influencia tienen.


ISSN: 2951-844X

## III.2. TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS

Existen multitud de teorías criminológicas que, de una manera más o menos directa, estudian el fenómeno de la violencia juvenil. Ya desde tiempos de Lombroso, se estudiaron alguna de ellas. Como sostiene el profesor Vázquez González, existen una serie de teorías que relacionan la baja autoestima con la delincuencia, puesto que «Se puede considerar que un nivel de autoestima aceptable es necesario para que el adolescente pueda desempeñar con éxito sus metas y objetivos más importantes, mientras que una autoestima negativa se considera como un factor de vulnerabilidad que predispone al sujeto a un amplio espectro de desajustes comportamentales y afectivos, incluidos los antisociales y delictivos».

Entre las teorías que tienen como núcleo es supuesto, se pueden mencionar:

- Teoría para la conducta de riesgo de los adolescentes (Jessor).
- Teoría de la tensión o la frustración (Agnew).
- Teoría de las subculturas juveniles (Cohen).
- Teoría de la contención (Reckless).
- Teoría del autodesprecio o del autorrechazo (Kaplan).
- Teoría de las valoraciones reflejas (Matsueda).
- Teorías del etiquetado (Lemert o Becker).

No es lugar para desarrollar las mismas, pero sí voy a mencionar la que considero más adecuada o completa para la explicación de la delincuencia en general y de la juvenil en particular: **la Teoría General del Delito de Gottfredson y Hirschi.**

La teoría parte de que las personas con mayor tendencia a delinquir serán aquellas que tienen un bajo autocontrol. Utiliza diversos factores en relación con el delincuente, la oportunidad para delinquir y el acto criminal en sí. Es una teoría que recoge diversos postulados de otras que le parecen adecuados y construyen la suya propia. Veamos:

### CARACTERÍSTICAS DEL DELINCUENTE

**PERSONALIDAD IMPULSIVA:**

- Arrojo físico.
- Actitudes insensibles, arriesgadas, imprevistas.
- No verbales.

**BAJO AUTOCONTROL:**

- Crianza pobre.
- Padres desviados.
- Falta de supervisión.
- Activo.
- Egocéntrico.

**DEBILITAMIENTO DE LOS VÍNCULOS SOCIALES:**

- Afecto difuso.
- Falta de compromiso social.
- No participación comunitaria.
- Creencias erróneas.

**CRITERIOS DE OPORTUNIDAD**, que se suman a lo anterior:

- Integración en bandas.
- Tiempo libre por falta de actividades educativas, laborales o deportivas.
- Consumo de drogas.
- Tratar de lograr objetivos utilizando atajos delictivos.

**TODO LO CUAL PRODUCE COMO RESULTADO:**

- Participación en actos delictivos.
- Consumo de alcohol y drogas.
- Sexo precoz e inadecuado.
- Crimen.

# IV.- LA EDAD COMO FACTOR CONDICIONANTE DE TODO EL PROCEDIMIENTO Y TRATAMIENTO

Ya se ha comentado la importancia capital de la edad, puesto que la justicia juvenil se aplica exclusivamente a los jóvenes comprendidos entre los 14 y los 17 años, tal y como se recoge en nuestro CP y en la LORRPM, y no solo para saber de la imputabilidad o no del delincuente, sino porque de esas normas se extraen las siguientes posibilidades de actuación[12]:

- 0-13 años: deben realizarse actuaciones de protección exclusivamente, lo que no obsta para que la policía pueda y deba intervenir para que el menor que estuviera realizando un acto ilícito, sea penal o administrativo, deje de realizarlo, incluso coactivamente. Debe informarse al M.F. para que, en su caso, remita a las instituciones de protección testimonio de lo sucedido, a fin de que dicha institución tome las medidas de protección adecuadas, tal y como dispone el artículo 3 de la LORRPM. Las medidas de protección serán conforme a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 14-17 años: son los destinatarios de las actuaciones de protección o reforma que regula la LORRPM. El artículo 9 de dicha ley dispone que, como regla general, las medidas no podrán exceder de dos años, diferenciando asimismo en dos grupos de edad:
  - Entre 14 y 15 años: el internamiento máximo podrá ser de hasta 5 años.
  - Entre 16 y 17 años el máximo será de 8 años, salvo en delitos especialmente graves (asesinato, terrorismo, etcétera), que podrán llegar a los 10 años.

**→ DETERMINACIÓN DE LA EDAD**

El derecho necesita certezas, aunque a veces puedan parecer injustas[13]. Por eso debe determinarse con la máxima seguridad que sea posible la edad del menor infractor, siempre en relación con el momento concreto en el que se hayan cometido los hechos.

Seguimos en este punto la Instrucción n.° 1/2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el «protocolo de actuación policial con menores»[14], concretamente el apartado 4.14 referente a «Determinación de la edad e identidad»:

12. En este punto seguimos a Marchal Escalona, N., *El atestado. Inicio del Proceso Penal,* Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 446.
13. Nada más modificarse la edad penal de los 16 a los a18 años, con la entrada en vigor de la LORRPM, hubo un suceso que puso en cuestión la certeza de dicho cambio, que fue el asesinato de Klara García a manos de sus amigas de 16 y 17 años, que la asesinaron a cuchilladas «para saber lo que se sentía». Como dice la noticia, «Los padres de Klara García lucharon hasta la saciedad para que la reciente modificación de la Ley del Menor cambiase: aquella ley dejaría prácticamente impunes a quienes privaron de la vida a su pequeña. Finalmente, la sentencia falló que Iria y Raquel eran culpables de los delitos de asesinato y conspiración para el asesinato. Por ellos fueron condenadas a 8 años de internamiento en un centro de menores, pero sólo cumplieron 6 años y desde 2006 están en libertad.
En la actualidad, Raquel tiene 35 años y vive con su pareja en una casa de campo. Iria es pedagoga y actualmente trabaja como profesora en una escuela infantil fuera de España».
Unos verán en estos hechos un exceso tuitivo hacia los menores, aun con edades que hasta hacía pocas semanas les hubieran juzgado con la severidad de los adultos, mientras que otros verán la reinserción de las asesinas como efecto positivo de esta ley y sus desarrollos. Vid. https://www.telecinco.es/hechosreales/crimen-klara-cadiz-adolescentes-matar_0_2622375129.html
14. Puede consultarse en https://www.seguridadpublica.es/wp-content/uploads/2017/05/INSTRUCCIONSES1-2017PROTOCOLOPOLICIAL-CONMENORES.pdf

A) **MEDIOS DE PRUEBA**

Se utilizarán juntamente con las técnicas policiales necesarias, especialmente las pruebas DOCUMENTALES (DNI, pasaporte, inscripción de nacimiento, partida de bautismo, referencias en instituciones públicas nacionales o extranjeras, etc.); TESTIFICALES (declaraciones de testigos, referencias personales, etc.) y PERICIALES (huellas dactilares y otras pruebas criminalísticas. Las pruebas médicas, incluida la oseométrica, se realizarán con autorización del fiscal de menores o de la autoridad judicial).

B) **POSTURA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO**

Dadas las quejas recibidas de manera continuada en la oficina del Defensor del Pueblo, en relación con la determinación de la edad de los menores, especialmente de los Menores no Acompañados (MENAS)[15], esta alta institución organizó una serie de jornadas en el año 2010, fruto de las cuales se elaboró un informe con el título de *¿MENORES O ADULTOS? Procedimientos para la determinación de la edad*[16].

La respuesta fundamental que se trata de responder, como se recoge en la página 33 del informe, es si es posible establecer científicamente si una persona es mayor o menor de 18 años. Y continúa diciendo:

> «En caso afirmativo, ¿qué margen de error posee la técnica o las técnicas a emplear?
>
> Desde el punto de vista jurídico la trascendencia de la respuesta que se dé a esta pregunta es fundamental debido a las consecuencias legales que conlleva el que una persona sea mayor o menor de 18 años. En Derecho español, la inscripción de nacimiento hace fe del hecho, fecha, hora y lugar de nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito (artículo 41 de la Ley de Registro Civil). El registro civil constituye la prueba de los hechos inscritos (artículo2 LRC). El artículo 169 del Reglamento del Registro Civil determina que, cuando se ignore la fecha de nacimiento, solo procederá la inscripción en virtud de un expediente que, necesariamente, en defecto de otras pruebas, establecerá el día, mes y año del alumbramiento, de acuerdo con la edad aparente, según informe médico».

Después, hace un repaso desde el punto de vista médico del estado actual de la cuestión, haciendo una interesante distinción entre la edad legal y la edad biológica. La primera de ellas es la que las autoridades judiciales necesitan para la aplicación adecuada de las normas legales, mientras que la edad biológica es la que va a determinar el forense o el médico en base una serie de hitos madurativos, que pueden variar en función de que existan, por ejemplo, retrasos madurativos a nivel óseo o dental, que son unas de las pruebas periciales médicas utilizadas; así como por otras patologías madurativas o incluso la posible interferencia de factores de raza o de la población de origen.

Otros aspectos que se recogen son las recomendaciones internacionales, como la que se verá a continuación, así como las principales técnicas instrumentales (radiológicas y dentales) y una referencia concreta a la estimación de la edad en los inmigrantes indocumentados[17].

---

15. «La situación de los menores extranjeros no acompañados (MENAS) y el tratamiento que reciben por parte de las distintas administraciones públicas han sido objeto de atención constante por parte del Defensor del Pueblo. De hecho, una de cada diez quejas recibidas en la Institución, en los tres últimos años, relacionadas con la inmigración y la extranjería tuvieron que ver con estos jóvenes que, al entrar en nuestro país sin referentes adultos se encuentran en una situación de riesgo», pág. 15 del citado informe.
16. Puede consultarse en https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/menores-o-adultos-procedimientos-para-la-determinacion-de-la-edad-enero-2012/
17. El profesor Sir Al Aynsley-Green Kt., profesor emérito de Salud Infantil, University College, Londres;
Primer Comisionado para la infancia de Inglaterra; fundador y director de Aynsley-Green Consulting, tiene un interesante artículo en el mencionado informe (páginas 75 y siguientes) en el que sostiene la necesidad del contexto para la determinación de la edad y de escuchar activamente a los menores, así como las dificultades que acarrea el método científico que las autoridades demandan, concluyendo que no existe en términos categóricos.
También se recogen los 11 principios fundamentales para estimar la edad de *Seidel* y *Kanics* (página 80 del informe):
*«• La estimación de la edad sólo debería llevarse a cabo si hay serias dudas sobre la edad del individuo y por tanto, sólo debería iniciarse como último recurso.*
   - *En caso de duda, el individuo debería ser tratado siempre como un menor; esto incluye facilitarle un tutor, alojamiento adecuado y la prohibición de detenerlo.*
   - *El individuo debería dar consentimiento informado para los procesos de estimación de la edad. Por tanto, el individuo debería recibir información del procedimiento y sus riesgos médicos, así como de sus potenciales consecuencias. La información debe ser proporcionada de manera apropiada a la edad y el sexo de la persona y en un lenguaje que pueda ser entendido por él o ella.*

C) **LAS RECOMENDACIONES DE EUROPA**

El *European Asylum Support Office* (Oficina Europea de Ayuda al Asilo) realizó un extenso informe en diciembre de 2013 con el título de ***Visión global sobre los procedimientos de determinación de la edad en Europa***[18]. Es un informe muy extenso, documentado e importante, pues recoge el estado de la cuestión y los marcos jurídicos y políticos de los distintos países de la Unión Europea.

En él se explicitan las circunstancias e importancia de la determinación de la edad, así como las medidas y garantías procedimentales tales como actuar siempre en beneficio del interés superior del niño, beneficio de la duda, asistencia y alojamiento, etcétera.

El capítulo 3 del mismo, en las páginas 23 y ss., habla de las **«Herramientas y métodos de determinación de la edad»** y describe las distintas técnicas disponibles y el uso que de las mismas hacen los distintos países. Así, clasifica dichas técnicas en:

– Métodos no médicos: entrevista, pruebas documentales y estimaciones en función del aspecto físico y comportamiento.
– Métodos médicos: dental, desarrollo físico que valora un pediatra, entrevista/pruebas psicológicas, madurez sexual y radiografías.

D) **ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE LA EDAD19**

Se considera interesante mencionar este anteproyecto de ley, primero por su actualidad, ya que es del año 2022; segundo porque, tal y como recoge la exposición de motivos, se trata de «un procedimiento judicial declarativo especial dentro del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil y como tal, le son aplicables sus disposiciones comunes, de carácter preferente y urgente» y, por último, en dicho proyecto se recogen los siguientes principios rectores (art. 781 *quater* para la LECrim):

> «1.- El interés superior del menor informará todas las actuaciones de este procedimiento.
> 2.- La presunción de minoría de edad regirá durante todo el procedimiento, hasta que no recaiga una resolución firme que ponga fin al mismo.
> 3.-La tramitación del presente procedimiento tendrá carácter preferente y urgente.
> 4.-La persona cuya edad es objeto de determinación tendrá derecho a ser escuchada y se le proporcionará información sobre el procedimiento en la forma que le sea comprensible y en formato accesible. De igual modo, tendrá derecho a ser asistida por un intérprete en caso de que lo necesitara.
> 5.-Cuando fuera necesario obtener el consentimiento de la persona para la realización de las pruebas de determinación de la edad, se le informará de forma que le sea comprensible del significado y finalidad de la diligencia que haya de practicarse. Dicho consentimiento habrá de ser expreso y debidamente documentado».

E) **ACTUACIÓN POLICIAL OPERATIVA RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD**

Respetando en todo caso la normativa legal, especialmente lo contemplado en el art. 2.9. del Reglamento de la LORRPM (en adelante, RRPM)[20], la Instrucción n.º 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad dicta instruccio-

- *Los métodos deberían ser interdisciplinarios (es decir, no sólo médicos) y respetar la dignidad del individuo. Todos aquellos que lleven a cabo la actuación deben ser sensibles a la edad, sexo y cultura de la persona.*
- *El margen total de error de los métodos empleados debe reconocerse, documentarse y aplicarse a favor del individuo.*
- *La estimación deben hacerla profesionales adecuadamente cualificados e independientes, y no las fuerzas del orden o funcionarios judiciales.*
- *El individuo debe estar a salvo de la deportación hasta que la estimación de la edad y cualquier apelación se hayan completado. Deben disponer de información y asesoramiento legal apropiado».*

18. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (2014). Luxemburgo. Puede consultarse en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/7d181c3b-48f4-4ae8-98af-d8e82b1612d1

19. Puede consultarse en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20procedimiento%20evaluacion%20de%20la%20edad.pdf

20. El art. 2.9 del RRPM dispone lo siguiente:
«9. Cuando la policía judicial investigue a una persona como presunto autor de una infracción penal de cuya minoría de edad se dude y no consten datos que permitan su determinación, se pondrá a disposición de la autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria para que


ISSN: 2951-844X

nes precisas en cuanto a la forma de actuar[21] en relación con la determinación de la edad e identidad en su punto 4.14. Después de mencionar las técnicas y medios de prueba necesarios, ya señalados más arriba (documentales, testificales y periciales), así como si se trata de extranjeros indocumentados se consultará el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (RMENA), regulado en el artículo 215 del RRPM, caben las siguientes posibilidades:

a) Que se le impute una infracción penal y no se haya podido determinar la edad. Se pondrá a disposición del juez de instrucción a fin de que determine su edad y filiación de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)[22] en su artículo 375 y con el artículo 2.9 del RRPM. Si se trata de un MENA y se determina su minoría de edad, se le inscribirá en el RMENA.
b) Si la duda sobre la minoría o mayoría de edad persiste, se actuará como si fuese menor, por lo que en el caso de si la cuestión es en torno a si es mayor o menor de catorce años, se archivarán las actuaciones policiales relativas al menor, con remisión al Ministerio Fiscal competente, y se entregará a sus padres, tutores o guardadores o entidad pública de protección cuando así proceda. Si se estima que su edad es superior a 14 años e inferior a 18, se remitirá lo actuado a la Fiscalía de Menores correspondiente.

## V.- ORGANIZACIÓN POLICIAL PARA EL TRATAMIENTO DE LOS MENORES INFRACTORES Y DE PROTECCIÓN

Para el tratamiento de menores, existen diversas organizaciones internas de esos Cuerpos[23], así como normativa específica de aplicación en función de sus instrucciones y directrices, ajustándose siempre a lo contemplado en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, así como a las circulares de la Secretaría de Estado e instrucciones de la Fiscalía.

En relación con las policías integrales que actúan en el Estado español (Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Ertzaintza y Mossos de Squadra), todas ellas, a excepción de la Ertzainta,[24] cuentan con grupos específicos cuya misión es el tratamiento de los menores infractores, así como de protección de estos. Seguimos en este punto, por su claridad, lo que contempla el punto 2 del Anexo a la Instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado:

**Cuerpo de Policía Nacional:** los especialistas en materia de menores se integran en las Unidades de Atención Familia y Mujer (UFAM) existentes en todas las Brigadas Provinciales de Policía Judicial y Comisarias Locales, apoyados por la UFAM Central de la Comisaría General de Policía Judicial.

**Guardia Civil:** estos especialistas se integran en los Puntos de Atención Especializada (PAE), como órganos de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial (UOPJ), en todas las Secciones de Investigación (nivel provincial) y en todos los Equipos Territoriales (nivel comarcal). A nivel central, y en apoyo de los anteriores, se dispone de un PAE Central, dependiente de la Unidad Técnica de Policía Judicial.

Las **competencias de estos grupos, tanto del CNP como de la GC,** se recogen en el artículo 2 de la Instrucción 1/2017 y entre ellos se pueden citar:

proceda a determinar la identidad y edad del presunto delincuente por las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez acreditada la edad, si esta fuese inferior a los 18 años, se procederá conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores».

21. El resto de FCS tienen una forma de actuación prácticamente idéntica.
22. El art. 375 de la LECrim establece lo siguiente:
«Para acreditar la edad del procesado y comprobar la identidad de su persona, el Secretario judicial traerá al sumario certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro civil o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro.
En todo caso, cuando no fuere posible averiguar el Registro civil o parroquia en que deba constar el nacimiento o el bautismo del procesado, o no existiesen su inscripción y partida; y cuando por manifestar el procesado haber nacido en punto lejano hubiere necesidad de emplear mucho tiempo en traer a la causa la certificación oportuna, no se detendrá el sumario, y se suplirá el documento del artículo anterior por informes que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieren los Médicos forenses o los nombrados por el Juez».
23. Para conocer la estructura, composición y funciones de la Policía Judicial: Vid. García-Comendador Alonso, J. A., «La Policía Judicial», en *Código Procesal Penal para la Policía Judicial* (Vicente-Gimeno Sendra y Marchal Escalona, directores), Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 81-118.
24. Este Cuerpo actúa con instrucciones y órdenes de servicio al respecto y las funciones las realizan los agentes de policía judicial e investigación en base a las mismas, así como mediante cursos de especialización y reciclaje en la materia. No cuenta con un grupo específico concreto como el resto de FCS aquí estudiados.

a) Hacerse cargo de la investigación criminal y asistencia a las víctimas en aquellos casos que revistan cierta gravedad y donde estén implicados menores de edad, sean víctimas o autores de infracciones penales.
b) Tareas de protección para los menores en situación de riesgo o desamparo. Se incluyen menores de 14 años autores de ilícitos penales.
c) Informar, asesorar y apoyar al resto de Unidades de sus respectivos Cuerpos en materia de menores, especialmente en las garantías a observar.
d) Comunicar permanente con la Fiscalía de Menores correspondiente y cumplir sus instrucciones.
e) Relacionarse con instituciones y asociaciones de su ámbito de actuación, al objeto de favorecer la adopción de medidas de carácter preventivo y asistencial.
f) Intervenir, en exclusiva o en colaboración con la Unidad competente, en aquellos otros supuestos que determinen las Direcciones Adjuntas Operativas de las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil, en sus respectivos ámbitos de competencia.

**Mossos d'Esquadra:** en 1985 se crea la Brigada de Menores, que fue el embrión de lo que es actualmente la Unidad Central de Menores, y en junio de 1986 nace la CEPOME (Central de Policía de Menores), que fue la primera inspección de guardia exclusiva para menores de todo el territorio nacional.

Desde 2001, la CEPOME pasó a nombrarse OAM (Oficina de Atención al Menor), adaptándose a la estructura del Cuerpo, que nombró OAC (Oficina de Atención al Ciudadano) a sus inspecciones de guardia de ámbito generalista.

Es en esa fecha que el Cuerpo Nacional de Policía (CNP) traspasa a la Unidad Central de Menores la adscripción y dependencia funcional a la Fiscalía Provincial de Barcelona -Sección Menores.

Estos grupos OAM son la unidad instructora especializada en menores, operativa las 24 horas del día, los 365 días al año, que asume diferentes funciones tales como la instrucción de los atestados de los menores detenidos por los distintos cuerpos policiales, incluidos no solo los de Mossos, sino el resto de FCS (CNP, GC, Guardia Urbana de Barcelona y Policía Portuaria). Realizan todos los trámites con los detenidos (reseña dactilar y fotográfica, registro MENAS…). También realizan labores de protección y de investigación de delitos, así como atender todos los requerimientos de Fiscalía de Menores.

**Policías Locales:** pertenecientes a municipios que tengan suscrito un acuerdo específico con el Ministerio del Interior para que parte de su Policía Local ejerza funciones de Policía Judicial, en el marco de lo establecido en los convenios generales suscritos entre el Ministerio del Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias, podrán crearse equipos municipales especializados en menores para la investigación de los hechos delictivos recogidos en el citado acuerdo específico donde se encuentren implicados menores.

Para el resto del personal policial no especializado, se prevén planes de formación específicos y de actualización, dado que las primeras intervenciones con menores van a ejecutarlas ellos.

# VI.- MENORES INFRACTORES EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

Dada la gran cantidad de normas que componen el conjunto del ordenamiento administrativo, con su conjunto de prohibiciones y sanciones en los más variados ámbitos (seguridad vial, seguridad ciudadana o espectáculos públicos por citar algunos), mencionaremos unas pautas de actuación para las FCS de carácter general, para entrar después con más detalle en las previsiones que, respecto a los menores, examina la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. (LSC).

A) **EN GENERALI**[25]

Solo se actuará policialmente en los casos estrictamente necesarios, bajo el principio de mínima intervención y siempre teniendo en cuenta la protección del interés superior del menor.

La misma se ajustará, como con el resto de los ciudadanos, a lo que disponga la norma administrativa específica infringida. En general, además de realizar la correspondiente denuncia a la autoridad competente, deberá informarse a sus padres, tutores o guardadores, o entidad pública de protección de menores, a la mayor brevedad de los hechos sucedidos. No olvidemos que, en el caso de infracciones administrativas de menores, la posible multa debe ser satisfecha por los anteriores.

25. Seguimos en este apartado lo marcado en la Instrucción 1/2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, concretamente su punto 3.2.


ISSN: 2951-844X

### B) LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA[26]

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, contiene una serie de menciones específicas a los menores.

En su preámbulo, ya manifiesta que tan solo podrán realizar infracciones a la misma los comprendidos entre los 14 y los 18 años, puesto que los menores de 14 están exentos de responsabilidad, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 30.1 de la LSC). La responsabilidad recae en el autor, pero responden solidariamente con él de los daños y perjuicios ocasionados sus padres, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales o de hecho.

La disposición adicional quinta prevé la suspensión de sanciones pecuniarias impuestas por infracciones en materia de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas cometidas por menores de edad, siempre que se sometan a tratamiento o rehabilitación, en su caso. Se ejecutará la sanción si lo abandonan.

Otras pautas de actuación que los agentes deben tener en consideración, según la Instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado y Seguridad, son:

- La inclusión en el correspondiente procedimiento sancionador de los datos identificativos de sus padres, tutores o responsables legales o de hecho.
- La remisión del acta de los hechos al M.F. para, en su caso, considerar la posible situación de riesgo o desamparo del menor.
- Si se trata de actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana, se dará un trato acorde con el interés del menor, sin perjuicio del interés público general.
- En caso de verificación de identidad o de control superficial sobre sus efectos personales, se le informará claramente de las razones, cuidando el lenguaje que se utiliza, la violencia y exhibición de armas, haciéndolo en un lugar discreto.
- Si lo que se trata es de realizar un registro corporal, además de estar a lo dispuesto en la LSC, se ajustará a lo establecido en la Instrucción 7/2015 de la Secretaría de Estado de Seguridad, de 30 de junio[27], «relativa a la práctica de diligencias de identificación, registros corporales externos y actuaciones con menores». Se realizará por un agente del mismo sexo y en un lugar reservado. Deberá hacerse constar por diligencia en la que se expongan las causas de esta y el agente que la adopto.

Se informará de todo ello a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho siempre que de las circunstancias del entorno o de los hechos que originan la intervención pueda deducirse que existe riesgo para el menor.

## VII.- LA REGULACIÓN LEGAL DE LA DETENCIÓN DE MENORES

La detención es una medida cautelar personal cuya ejecución recae habitualmente en las FCS. Como dice el Profesor Sánchez Gómez[28], «el ordenamiento jurídico español no contiene una definición positiva del concepto de detención, limitándose tanto la Constitución española (art.17.1) como la LECrim. (art. 489) a establecer una acepción negativa del mismo, por cuanto, ninguna persona podrá ser detenida sino en los casos y formas que las propias leyes prescriban».

Marchal[29] menciona diversas sentencias en las que se define qué se considera libertad y en qué condiciones se puede limitar la misma, referente a la «libertad física o deambulatoria» (STC 120/1990), que impide perturbaciones en la misma mediante medidas tales como la detención, que no pueden ser ni arbitrarias ni ilegales. Ese concepto de libertad está íntimamente ligado a la seguridad del individuo, siendo la norma general ese estado *libertatis*. Capital fue la STC 98/1986, que estableció que «entre la libertad y la detención no existen situaciones intermedias»; la cual fue luego matizada en el sentido de que esa privación de la libertad deambulatoria se refiere al posterior sometimiento a un procedimiento penal, no en otros supuestos tales como las que regula la LSC en cuanto a sometimiento a controles de identidad, cacheos, etcétera.

26. Vid. Capítulo 6 anexo de la Instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad.
27. Puede consultarse en http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Instruccion_7_2015#:~:text=Instrucci%C3%B3n%207%2F2015%2C%20de%2030%20de%20junio%2C%20de%20la,de%20marzo%2C%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20la%20seguridad%20ciudadana
28. Sánchez Gómez, R., *El derecho de defensa en la investigación de los delitos de terrorismo,* Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 84 y ss.
29. Vid. Obra citada, págs. 462 y ss.

Salido Valle[30] se refiere a la regulación legal de la detención policial y la misma como medida cautelar personal (detención preventiva) que realiza la policía cuando se dan los supuestos que regula la LECrim en sus artículos 490, 491 y, muy especialmente, en cuanto a la actividad policial, el **artículo 492 de la LECrim,** que obliga a la autoridad o agente de Policía Judicial a detener:

> «La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:
> 1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.
> 2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.
> 3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.
> 4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él».

Importancia crucial para la actividad policial tiene ese ordinal 4 del citado artículo, puesto que el resto de los supuestos, como los regulados en el artículo 490 de la LECrim, son tan objetivos que permiten la detención por parte «de cualquier persona», mientras que los supuestos del apdo. 4 solo y exclusivamente los puede realizar la policía.

Son criterios de carácter general, aplicables tanto a los mayores como los menores de edad, entendiendo esto último siempre como los autores de ilícitos penales comprendidos en la franja de edad desde los 14 hasta los 18 años. Ya se ha mencionado con abundancia que los menores de 14 años, cualquiera que sea la infracción penal que cometan, están exentos de responsabilidad penal y las actuaciones policiales serán de carácter protector administrativo.[31]

Asimismo, todos los derechos que tiene cualquier persona detenida, en aplicación del artículo 17 de la CE y del artículo 520 de la LECrim., serán aplicables también al menor detenido, además de otros que se mencionan en la normativa específica de menores.

No obstante, las causas de detención y el ejercicio de derechos tienen peculiaridades que vamos a ir viendo en los siguientes apartados.

## VIII.- TRATAMIENTO POLICIAL DE LOS MENORES INFRACTORES PENALES: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA FORMA DE PROCEDER A SU DETENCIÓN, EJERCICIO DE DERECHOS Y ESTANCIA EN EL ESTABLECIMIENTO POLICIAL[32]

Por su claridad (*in claris non fit interpretatio*), nos remitimos de nuevo a la Instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad, que es una guía utilísima para todos los miembros de las FCS, pues compendia la normativa aplicable. Dice en su punto 4.1.1. que «los menores podrán ser detenidos de oficio en los mismos casos y circunstancias que los previstos en las leyes para los mayores de edad penal, siempre que no resulten eficaces otras posibles soluciones y sea necesario para la protección del propio menor, la averiguación de los hechos, el aseguramiento de las pruebas o la protección de las víctimas». Casos y circunstancias que ya se han visto y que recogen los artículos 490, 491 y, muy especialmente, en el artículo 492 de la LECrim.

También tiene una gran importancia la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores[33].

30. Salido Valle, C., *La detención policial,* Bosch, Barcelona, 1997, págs. 53 y ss.
31. Vid. Punto 3.3 de la Instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad.
32. Además de lo que se dirá en la normativa específica de la LECrim, el art. 17 de la LORRPM contiene la normativa especial a aplicar en el caso de detención de menores.
33. Puede consultarse en https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_09_2011.pdf

Además de esas normas generales, en el caso de menores deberá valorar la Policía Judicial:

a) Gravedad del delito cometido.
b) Flagrancia del hecho.
c) Alarma social provocada.
d) Riesgo de eludir la acción de la justicia o peligro cierto de fuga.
e) Habitualidad o reincidencia.
f) Edad y circunstancias del menor, especialmente en el tramo de dieciséis a dieciocho años.

En caso de decidir no detener, además de dar cuenta de todo lo actuado al M.F., deberá ser entregado a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho, a una institución de protección de menores o al centro de reforma si estuvieren cumpliendo una medida judicial de internamiento.

Por su especial incidencia en la detención de menores, además de esta normativa de la LECrim, tienen una especial relevancia el artículo 17 de la LORRPM y los artículos 2 y 3 del RRPM, cuyo contenido se irá viendo en los distintos apartados.

Con carácter general, el artículo 17.1 de la LORRPM indica que «Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de los mismos».

Como señala García-Comendador, letrado de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo[34], comentando lo dispuesto en el artículo 37 del Convenio sobre los Derechos del Niño y de la Número 13 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia en menores (Asamblea General de las Naciones Unidas 40/33), al referirse a la prisión preventiva del menor, se establece esta como último recurso y durante el plazo más breve. Lo predicado para la prisión preventiva debe extenderse, lógicamente, a la medida cautelar personal de la detención.

## VIII.1. PRÁCTICA MATERIAL DE LA DETENCIÓN

Como se recoge en el artículo 17.1 de la LORRPM y en el artículo 3.1. del RRPM, debe practicarse la misma «en la forma que menos perjudique a éste», al igual que dictan las normas procesales penales para el caso de los mayores de edad penal. Pero en el supuesto de los menores, se reitera de una forma más intensa.

En concreto:[35]

Especialmente importante es su apartado IV que trata sobre aspectos que veremos en el desarrollo de este apartado:
«(…) IV. 1. Algunas cuestiones relativas a la detención de menores; IV.1.Asistencia letrada en Comisaría a menores detenidos por delitos contra la seguridad vial; IV.1.2.Requisitorias expedidas desde Fiscalía; IV.1.3 Asistencia de los representantes legales en la declaración del menor infractor; IV.1.4. Asistencia a menores detenidos; IV.1.5. Menores emancipados detenidos; IV.1.6. Mayores de edad detenidos por hechos cometidos siendo menores; IV. 2. Representación de menores; IV.2.1. Representación de menores no detenidos; IV.2.2. Incompatibilidad entre el menor y sus representantes y designación de letrado (…)».

34. García-Comendador Alonso, L., «Diligencias limitativas de derechos: la detención», *Código Procesal Penal para la Policía Judicial,* ob. cit., págs. 365-366.

35. Vid. Punto 4.2 de la Instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad. La Consulta 5/2013 FGE dicta criterios sobre «Aspectos instrumentales» en su apartado II.2 como sigue a continuación:
«- Cacheos:
- En la forma ordinaria (art. 2.5 del Reglamento LORPM (RCL 2000, 90) y apdo. 4.2.3 de la Instrucción 11/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad)
- Desnudo integral: salvo que implicase intervención corporal (vid apdo. III:5 de este esquema -diligencias restrictivas de derechos fundamentales) no precisa autorización del Fiscal o judicial y se practicará por la fuerza actuante cuando fuera preciso, conforme a las Instrucciones 7/1996 y 19/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad:
  - ⇨ Lo acordará el instructor de atestado
  - ⇨ Siempre que se aprecie la posibilidad fehaciente de que el detenido oculte objetos o instrumentos peligrosos para él mismo o actuantes, o efectos probatorios o procedentes del delito
  - ⇨ Se practicará por funcionarios de su mismo sexo
- Esposamiento (art. 2.5 Reglamento LORPM y apdo. 4.2.4 Instrucción 11/2007 Secretaría de Estado de Seguridad, como respuesta proporcional a la naturaleza del hecho cometido y actitud del menor en el momento de la detención)

– Forma de la detención: con el menor perjuicio al menor en su persona, reputación o patrimonio, con una respuesta policial proporcionada a sus circunstancias personales y al delito cometido, especialmente en los casos de delitos violentos, sexuales o terroristas cometidos por menores entre 16 y 18 años.
– Evitar la espectacularidad, el empleo de lenguaje duro, la violencia física y la exhibición de armas.
– Cacheo[36]: puede realizarse hasta el desnudo integral cuando concurran circunstancias debidamente justificadas que lo hagan necesario y con respeto absoluto a sus derechos fundamentales y siempre como medida de seguridad para el propio menor y los actuantes, retirándoles cualquier objeto que pudiera hacer peligrar su integridad física, su seguridad, la de terceros o la de los que le custodian.

## VIII.2. INFORMACIÓN DE DERECHOS

Tras practicarse la detención policial, los agentes vendrán obligados a informar al menor detenido, en un lenguaje claro y comprensible, adecuado a su edad, estado y condición, de forma inmediata y en una lengua que comprenda (art. 520.2 de la LECrim, art. 17.1 de la LORPM y art. 3.1 del RLORPM):

a) De los hechos concretos que se le imputan, sin que valga la mención meramente legal o la transcripción del tipo penal de los hechos que se le imputan.
b) Las razones de su detención, incluida las sospechas fundadas de su participación en el hecho típico.
c) Los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la normativa de menores, así como a garantizar el respeto de los mismos. (Vid. art. 520 de la LECrim).

Dicha información se realizará al principio de la detención, y se reproducirá y documentará al ingresar el menor en las dependencias policiales, en presencia de su representante, tutor o guardador de hecho, o ante el Ministerio Fiscal cuando esas personas no hayan sido localizadas o resulte contraproducente su presencia.[37]

Además de esos derechos, deberán informarle del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición del Ministerio Fiscal y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

Deberá disponer de una declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda. Si no existiera, se le informará lo más pronto posible por medio de un intérprete.

Dicha declaración escrita la conservará el detenido durante todo el tiempo de la detención. Si no fuera posible, permanecerá junto a sus efectos personales.

## VIII.3. COMUNICACIONES A FAMILIARES, FISCALÍA Y CONSULADO

Deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia (art. 520.2 e) de la LECrim, art. 17.1 de la LORPM y art. 3.1 de la LORPM):

a) A los representantes legales del menor (quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho) y su derecho a designar abogado. Si los agentes observasen conflicto de interés, se comunicará al defensor judicial que haya sido nombrado. Si se trata de menores tutelados por la Administración, a la entidad pública encargada de su protección.

- Traslados y lugares de custodia (art. 17.3 LORPM, art. 3.3,4 y 5 Reglamento LORPM y apdos. 4.5 y 4 Instrucción 11/2007 Secretaría de Estado de Seguridad). (Referencia a dependencias que en cada lugar se estimen más adecuadas para custodia de menor mientras permanece detenido o hasta pasar a disposición del Fiscal)».

36. Vid. Instrucción 12/2007, de 14 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, e Instrucción 19/2005, 13 de septiembre, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como las restantes normas que se dicten en la materia.

37. Vid. Instrucción 12/2007, de 14 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial. La Instrucción Quinta de la misma recoge las particularidades de la detención del menor.


ISSN: 2951-844X

b) Al Ministerio Fiscal, concretamente a la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Provincial o, en caso de que se trate de hechos de naturaleza terrorista, a la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.[38]
c) Si el menor detenido fuera extranjero, a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales. Si tuviera dos o más nacionalidades, elegirá con quien comunicarse.

Estas comunicaciones deberán realizarse de forma inmediata y dejando constancia de esta en el libro registro de detenidos.

En caso de incomunicación, no se realizarán estas diligencias.

## VIII.4. TRASLADO DE DETENIDOS

Ya desde el momento de su detención deben tenerse en cuenta cómo va a realizarse el traslado del detenido menor al lugar de custodia, de acuerdo con las indicaciones siguientes:

- Se realizará en la forma que menos perjudique al menor, con respeto y garantía de sus derechos.
- Siempre que las circunstancias del caso lo permitan y existan recursos, se procurará realizar los traslados en vehículos sin distintivos policiales y con personal no uniformado.
- Los realizarán separados de los detenidos mayores de edad.
- Las medidas de seguridad serán proporcionales y ajustadas a la naturaleza del hecho cometido y a las circunstancias personales del menor, especialmente en los casos de delitos violentos, sexuales o terroristas cometidos por menores de entre 16 y 18 años.

Existe una normativa específica para el trasado de los internos en centros de reforma.

## VIII.5. CUSTODIA Y VISITAS

La custodia de menores en los centros de detención policial debe realizarse en dependencias adecuadas que garanticen la separación de las destinadas a los mayores de edad. La normativa de menores exige que reciban los cuidados necesarios, incluyendo la protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, en función de su edad, sexo y características individuales (art. 17.3 de la LORPM y art. 3.3 de la LORPM). Dichas dependencias deben cumplir con las medidas básicas de seguridad, con atención a sus circunstancias específicas, como peligrosidad, incomunicación, motivo de la detención, trastorno psíquico, sexo u otras, y en todo caso separadas de las que se utilicen para los detenidos mayores de edad y también separados por sexo. En caso de que las circunstancias de su peligrosidad lo permiten, se tratará de evitar el ingreso en los calabozos.[39]

Deberán proveer a los mismos de la alimentación, vestimenta y condiciones de intimidad, seguridad y sanidad adecuadas. En la medida de lo posible, recibirán los cuidados, protección, y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su estado, edad, sexo y características individuales. (art. 3.4. del RRPM).

Asimismo, se deberá permitir la visita de quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho o del representante legal del menor detenido, tomando las prevenciones oportunas para que no afecte a la investigación policial, excepto en los casos en que se apliquen las medidas recogidas en los artículos 509 (incomunicación), 520

38. La Consulta de la Fiscalía General del Estado n.º 5/2013, de 1 de enero, sobre actuación de la Policía Judicial en relación a menores, en su apartado II.-5, dispone lo siguiente:
«Consulta a la Fiscalía de la detención de un menor:
- Para constancia fehaciente, comunicación escrita por medio de fax (se hará constar el fax de la Sección de Menores, fax de la guardia de la propia Sección o, en su caso, de las dependencias del Juzgado de Instrucción de guardia, según el sistema de organización de guardias en cada Fiscalía)
- Comunicación de libertad igualmente por fax
- Para otras comunicaciones urgentes —así sobre puesta a disposición— consignar nº de teléfono de guardia, o móvil de Fiscal o funcionario de guardia (advertencia de no facilitar los teléfonos de la guardia a particulares)
- (En estas comunicaciones escritas el fax podrá sustituirse por correo electrónico o medios telemáticos)».

39. Muchos Cuerpos de policía tienen, dentro de la zona de calabozos o aneja a ella, unas dependencias específicas para la custodia de los detenidos menores.

bis (aplicable a los autores de alguno de los delitos que recoge el art. 384 bis de la LECrim) y 527 bis (privación de derechos en la incomunicación) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También se prohibirá en beneficio del menor en el supuesto del artículo 17.2 de la LORPM.

Además del libro registro de detenidos en general, deberá llevarse en los centros de detención uno específico de menores[40]. Será de carácter confidencial y deberá contar, como mínimo, con la siguiente información:

- Filiación del menor.
- Circunstancias de la detención y causas de la misma, indicando qué autoridad la ordenó, al día y hora del ingreso, traslado o libertad, indicación de la persona o personas que custodian al menor.
- Constará si se han realizado las notificaciones obligatorias a los padres o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal de la detención del menor. Asimismo, en qué circunstancias psicofísicas se encuentra y constancia de que se le ha informado de las circunstancias de la detención y de sus derechos.

Los datos de dicho registro estarán exclusivamente a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial competente (art. 3.5 del RLORPM).

## VIII.6. ASISTENCIA LETRADA

La persona detenida o, en su caso, quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho, designará libremente abogado y si no lo hace o la persona elegida rehusare el encargo o no fuere hallada, se solicitará al Colegio de Abogado que nombre un abogado del turno de oficio específico para menores. En caso de que la persona nombrada por el menor fuera distinta a la que han nombrado quienes ejercen la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho, se consultará al Ministerio Fiscal competente. Los agentes se abstendrán de hacer recomendación alguna al respecto.

La asistencia letrada consistirá en lo recogido en el artículo 520.6 de la LECrim (Vid. nota a pie de página X con la transcripción de dicha norma), que, en resumen, consiste en:

- Solicitar de nuevo el informe de sus derechos y, en su caso, el reconocimiento médico.
- Intervenir en la diligencia de declaración y de reconocimiento.
- Informar al menor de las consecuencias de la prestación o no de las diligencias que se le soliciten.
- Entrevista reservada antes y después de la declaración. A este respecto, ya antes de la modificación del art. 520 d) de la LECrim, que reconoce este derecho con carácter general para todos los detenidos, en la Consulta 2/2005, de 12 de julio, de la FGE,[41] se analizó este derecho y concluyo que tenía derecho al mismo, salvo lo dispuesto en el art. 527 de la LECrim (incomunicación).

Todo ello con carácter confidencial, debiendo tomar los agentes de custodia las medidas oportunas para que la misma pueda hacerse en esas condiciones.

Complementariamente, el art. 17.2 de la LORRPM regula que el abogado estará presente en toda declaración del detenido, junto con aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor o, en defecto de estos, en presencia del M.F.

Hubo una controversia en el sentido de si podía renunciar el menor a la asistencia letrada «si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico» (art. 520.8 de la LECrim), como los detenidos mayores. Al respecto, la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores[42], en su punto «IV.1.1. Asistencia letrada en Comisaría a menores detenidos por delitos contra la seguridad vial» analiza, en primer lugar, el incremento de este tipo de delitos por parte de los menores, especialmente tras la entrada en vigor de LO 15/2007, que introdujo en su art. 384, párrafo segundo, del CP del nuevo tipo de conducción de un vehículo a motor o ciclomotor careciendo de licencia o permiso, respondiendo en sentido negativo y negando a los menores la posibilidad de tal renuncia, en base a la taxatividad del art. 17 de la LORRPM que exige que «toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado». Este criterio se recoge también en el punto 4.7.4. de la tantas veces mencionada Instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad.

40. Instrucción n.º 7/2005, de 2 de junio, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre Libro-Registro de detenidos, de obligado cumplimiento para las FCS del Estado (CNP/GC).
41. Puede consultarse en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-Q-2005-00002.pdf
42. Puede consultarse en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00009.pdf

## VIII.7. RECONOCIMIENTO MÉDICO

La citada Instrucción 7/2005 contempla con carácter imperativo para las FCSE antes o durante la custodia el examen médico del menor detenido.

No obstante, también podrá ser solicitado por el propio menor detenido, su abogado o quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda de hecho.

En todo caso, si se aconsejara en atención a las circunstancias personales o por la forma en que se ha practicado la detención, el agente responsable valorará de oficio la necesidad de este.

Si se le ha restringido el derecho a comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, en virtud de lo dispuesto en el art. 527.3 de la LECrim, se realizará con una frecuencia de, al menos, dos reconocimientos cada 24 horas.

## VIII.8. RESEÑA Y TOMA DE MUESTRAS DE ADN

No hay impedimentos para realizar la reseña[43] dactilar y fotografías de su cara de los menores infractores penales (14-18 años). Formarán parte del atestado policial y deben remitirse a la Fiscalía competente para la instrucción del expediente (art. 17 de la LORRPM y art. 2.4 del RRPM). Junto con los datos biográficos, y a los solos fines de identificación e investigación, se incluirá en una aplicación específica. Podrá realizarse incluso coactivamente si fuera preciso, en la forma que menos perjudique al menor, sin necesidad de autorización judicial.

Se permite la confección y tenencia de ÁLBUMES FOTOGRÁFICOS, tanto en soporte físico como digita, restringidos exclusivamente a los fines de identificación e investigación policial; con un criterio restrictivo en cuanto a su contenido, estando especialmente indicados para los menores entre 16-18 años que han tenido habitualidad o reincidencia delictiva, así como haya cometido delitos violentos, de carácter sexual o terrorista.

Respecto de las muestras de ADN, esta reseña biológica solo se realizará si se trata de delitos comprendidos en el ámbito de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Si no se niega y se da consentimiento válido, se procederá a su toma sin ser necesario que lo autoricen sus padres o representante legales. Debe hacerse en presencia del letrado del detenido o con autorización judicial. Es un procedimiento excepcional y el consentimiento, en caso de duda, debe ponerse en conocimiento del fiscal.

En caso de negativa, deberá solicitare su práctica a través de la Fiscalía de Menores competente para su petición al juez de menores.

En caso de tratarse de menores de 14 años, ambas diligencias solo se realizarán con fines identificativos al objeto exclusivo de adoptar medidas de protección.

## VIII.9. RECONOCIMIENTO DEL DETENIDO

Pese a que no tiene una regulación normativa específica, la diligencia de reconocimiento fotográfico se utiliza para identificar a sospechosos de haber cometido un hecho delictivo. Pese a que el TS se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la validez de esta diligencia, no es apta por sí sola para destruir la presunción de inocencia, pero sí para abrir líneas de investigación.

Vista la validez de los álbumes fotográficos de menores detenidos, se traerá a la víctima o testigos para realizar la misma. Si ya hubiera un detenido y se trata de exhibir el álbum para su reconocimiento como posible autor de un delito, deberá estar presente en esta diligencia el abogado que le este asistiendo en esos momentos. No es necesaria autorización del fiscal o juez de menores.

Se utiliza también con fines identificativos el reconocimiento en rueda y, a diferencia del reconocimiento fotográfico, se encuentra regulado en los arts. 368, 369 y 370 de la LECrim.

43. La Consulta n.º 5/2013 de la FGE, en su punto II.3-, trata de la reseña en los siguientes términos:
«- Reseña decadactilar y fotográfica: se obtendrá en la forma ordinaria por la Fuerza actuante (art. 2.4 Reglamento LORPM (RCL 2000, 90) y apdo. 4.13 Instrucción 11/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad)
- Reseña biológica o de ADN:
• Cabe la reseña de ADN de menores de 14 a 18 siempre que la detención sea por alguno de los delitos mencionados en el art. 3.1 de la LO 10/2007 (RCL 2007, 1843)
• En caso de negativa del menor se comunicará a la Sección de Menores, por si el Fiscal considerase oportuno recabar autorización judicial para la obtención de la muestra (arts. 23.3 LORPM y 2.2 RLORPM) (…)».

**Art. 369 de la LECrim**

*«(…) se practicará poniendo a la vista del que hubiere de verificarlo la persona que haya de ser reconocida, haciéndola comparecer en unión con otras de circunstancias exteriores semejantes Se practicará poniendo a la vista del que hubiere de verificarlo la persona que haya de ser reco nocida, haciéndola comparecer en unión con otras de circunstancias exteriores semejantes».*

En el caso de menores es una práctica excepcional, a realizar solo en casos estrictamente necesarios. A diferencia de la fotográfica, necesita que se ponga en conocimiento y cuente con la expresa autorización del fiscal o del juez de menores.

Los requisitos para su realización son:

- Uso de los medios menos dañinos para el menor.
- Se realizará en dependencias de policía especializada o en sede del fiscal o del juez competente.
- Pueden formar parte de la rueda tanto menores como mayores, cumpliendo las prescripciones de la LECrim. Si son menores los que forman parte de la misma, se deberá contar con su consentimiento expreso y la de sus representantes legales o guardadores de hecho o de derecho; salvo que sean mayores de 16 años o estén emancipados.

## VIII.10. LA DURACIÓN DE LA DETENCIÓN

El plazo de la detención se cuenta a partir del preciso instante en que se le priva de libertad deambulatoria a un ciudadano, bien sean los autores de dicha privación las autoridades o sus agentes, o los haya entregado a los mismos un particular. A partir de ese momento se contabilizan los plazos y los períodos máximos de detención.[44]

### A) **PLAZO ORDINARIO**

La detención de un menor no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de veinticuatro horas[45]el menor detenido deberá ser puesto:

En libertad, con entrega a aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, salvo que se aprecie situación de desamparo. En ese caso se le pondrá a disposición de la Institución Pública de Protección. Todo ello se trasladará por escrito a la Fiscalía de Menores correspondiente.

Si se trata de menores emancipados, se le pondrá en libertad sin más trámites.

A disposición de la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Provincial. Si se trata de delitos terroristas se pondrá a disposición de la Fiscalía de Menores de la Audiencia Nacional.

### B) **PLAZO EXTRAORDINARIO**

Extraordinariamente, para el caso de imputarse al menor su integración en banda armada o terrorismo, podrá solicitarse de manera motivada a la Fiscalía de Menores de la A.N. que traslade al juez central de menores de esta la petición de prorroga y, en su caso, la incomunicación de esta vía art. 527 de la LECrim. El fin es proseguir con las investigaciones hasta un plazo máximo de otras 48 horas (72 horas en total). Debe autorizarla el juez de menores de la A.N. y debe solicitarse dentro del plazo ordinario de 24 horas.

La prórroga del plazo de detención y la incomunicación del menor detenido, integrado en banda armada o relacionado con individuos terroristas o rebeldes, se interesará a través de la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional para su oportuna petición al juez central de menores. En estos supuestos, la detención podrá prorrogarse el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que sea solicitada, y autorizada por el juez, dentro del plazo máximo de detención señalado en el apartado 4.9.1.

La duración de la detención policial está sujeto a un doble plazo máximo de detención (art. 17.4 de la LORPM):

44. Salido Valle. Ob. citada, pp. 119-120.
45. Art. 17.4 de la LORRPM.


ISSN: 2951-844X

a) El primero, instrumental, que no podrá exceder durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.
b) El segundo, absoluto y subsidiario respecto del anterior, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal.

## VIII.11. *HABEAS CORPUS*

El procedimiento de *habeas corpus* hunde sus raíces en la historia, pues sus precedentes remotos tienen su origen en la cláusula 39 de la Carta Magna de 1215 de Gran Bretaña. Su finalidad es la defensa de los ciudadanos ante posibles arbitrariedades de los agentes o incluso de la propia autoridad judicial o fiscal. Se trata de un procedimiento sumario mediante el cual se solicita la tutela judicial, de forma sumaria, alegando falta de legitimidad en la detención.

En el caso de España, su regulación tiene origen en el art. 54 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y fue recogido en el art. 17.4 de la CE, el cual establece que «La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional».

Su concreción legal se ha establecido en la LO 6/1984, de 24 de mayo que establece un procedimiento para la puesta a disposición judicial de cualquier persona que se considere detenida ilegalmente. Es un procedimiento ágil y, en un plazo máximo de 24 horas, el juez competente debe resolver acerca del mismo. Es un procedimiento sencillo que incluso puede instarse verbalmente, regulando en su art. 3 las personas legitimadas para interponerlo. No es aplicable a las detenciones acordadas por la autoridad judicial (STC 316/1996, de 29 de octubre, entre otras).

**→ ESPECIALIDADES EN EL CASO DE MENORES DETENIDOS**

Pueden instar su puesta en marcha los mismos que se han mencionado en el apartado anterior y una vez solicitado, el agente responsable de la detención deberá notificarlo a la Sección de Menores de la Fiscalía competente y dará curso al procedimiento.

Se dirigirá al juez de instrucción competente según el siguiente orden:

1.º Juez de instrucción del lugar en el que se encuentre detenido el menor, o juez Central de Instrucción en el caso de menores detenidos por delitos de naturaleza terrorista.
2.º Juez del lugar donde se produjo la detención del menor.
3.º Juez del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido.

## VIII.12. DECLARACIÓN

Se realizará de acuerdo con lo contemplado en la LECrim. (art. 520) y de la LORRPM, que dispone en su art 17.2 que, durante la misma, deberán estar presentes su letrado y aquellos que ejercen la patria potestad, tutela o guarda del menor; salvo que este emancipado. En el supuesto que la presencia de aquellos no sea aconsejable, se comunicará al fiscal.

Si no se cumplen esas condiciones, no podrá efectuarse la declaración.

## VIII.13. ESPECIALIALIDAD EN CASOS DE TERRORISMO[46]

Al igual que a los mayores de edad penal, si la detención o fuera por delitos de terrorismo u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, podrá procederse a la incomunicación en virtud de lo contemplado en el art. 520 bis LECrim., lo que conlleva los siguientes efectos:

El plazo de la detención ordinaria de 24 horas podrá prorrogarse, siempre que lo autorice el juez de menores de la A.N., previa petición de la Fiscalía de Menores de dicho tribunal durante el plazo ordinario de detención de 24 horas, por otras 48 horas hasta una duración máxima de 72 horas.

46. La mencionada obra del profesor Sánchez Gómez es de gran utilidad en estos supuestos.

En este sentido, podrá ser privado de:

a) Designar un abogado de su confianza.
b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el médico forense.
c) Entrevistarse reservadamente con su abogado.
d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

## VIII.14. DETENCIÓN POR ORDEN EUROPEA

La orden europea de detención y entrega (OEDE) es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea cuya finalidad es la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para: el ejercicio de acciones penales (entrega para el enjuiciamiento) o la ejecución de una pena o ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad (entrega para el cumplimiento de condena).

En relación con los menores de edad cabe la posibilidad de que el juez de menores que este instruyendo la causa emita una OEDE o, si se trata de medida firme, el juez de menores que la hubiera impuesto. Si se trata de una OEDE para su reconocimiento y ejecución en España, será competencia del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

## VIII.15. DETENCIÓN DE MAYORES DE EDAD POR HECHOS COMETIDOS SIENDO MENORES

La FGE emitió la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre «criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores». En este caso concreto de mayores de edad detenidos por hechos cometidos cuando eran menores, determina el art. 5.3 de la LORRPM que la competencia para su instrucción seguirá siendo la Fiscalía de Menores y su enjuiciamiento, en su caso, lo será por el juez de menores.

Todo lo apuntado sobre los derechos y garantías de los menores deberá ser respetado, incluidos los plazos de detención. Dada la mayoría de edad del detenido, no será necesaria la presencia de los que hayan ejercido la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho.

## VIII.16. FINALIZACIÓN Y REMISIÓN DE DILIGENCIAS[47]

Antes de que finalice el plazo ordinario de 24 horas o el extraordinario de 72 para los delitos de terrorismo, deberán remitirse las diligencias instruidas:

47. El punto II.-8 de la Consulta n.º 5/2013 de la FGE complementa este apartado con los siguientes criterios:
«- Se comunicará previamente por la fuerza actuante la puesta a disposición (al tfno. correspondiente)
- Salvo indicación en contrario del Fiscal de servicio de guardia, en función de las circunstancias del caso concreto, se pondrán a disposición del Fiscal los menores detenidos por los siguientes delitos:
• "Delitos graves": conforme a lo dispuesto en los arts. 13 y 33 del CP [RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777], delitos que tengan asignadas penas graves (superiores a cinco años de prisión). Ejemplos: homicidio, asesinato, contra la libertad sexual con empleo de violencia o intimidación, detenciones ilegales, lesiones del 149 o 150 CP, delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud...)
• "Delitos menos graves", cuando se emplee violencia o intimidación en las personas o se genere ... grave riesgo para la vida o integridad física Ejemplos: robos con violencia o intimidación en cualquiera de sus modalidades; robos con fuerza en casa habitada; lesiones y amenazas graves; atentados causando lesiones de cualquier entidad; delitos contra la libertad o indemnidad sexual "simples", etc.
• Delitos de violencia de género y doméstica.
- En el resto de los delitos menos graves, la regla general será la puesta en libertad del menor, salvo indicación en contrario del Fiscal, a la vista de los antecedentes del menor, reiteración de conductas delictivas, ausencia de domicilio conocido, etc. (…)».
Por último, hace una mención a las faltas que no tiene cabida tras las modificaciones que introdujo la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; que, además, introdujo novedades en la propia LECrim.


ISSN: 2951-844X

a) A la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Provincial. Si se trata de delitos de naturaleza terrorista, a la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.
b) Si intervienen menores y mayores de edad, se actuará de la siguiente forma:
   - MAYORES: se remira el original del atestado y se pondrá a disposición del juez de instrucción competente en el plazo máximo de 72 horas. Si se trata de delitos de terrorismo, se remitirán a la A.N.
   - MENORES: copia del atestado, junto a los detenidos menores de edad, en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Provincial, y, en caso de terrorismo, a la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

# BIBLIOGRAFIA

Díaz–Aguado Jalón, M. J., «Diez condiciones básicas para prevenir la violencia desde la adolescencia». *Revista de Estudios de Juventud,* septiembre de 2003. INJUVE. Madrid 2003. Número 62. Págs. 21-35.

García-Comendador Alonso, L., «Diligencias limitativas de derechos: la detención», en Vicente-Gimeno Sendra y Marchal Escalona (directores). *Código Procesal Penal para la Policía Judicial.* Pamplona: Aranzadi.2015. Págs. 333-338.

Hernandez, J.L. y Agorreta Ruiz, D., *Prontuario de Seguridad Pública e Intervención Policial.* Pamplona: DAPP Publicaciones Jurídicas. 2011. Págs. 267-279.

Marchal Escalona, N., *El atestado. Inicio del Proceso Penal,* Pamplona. Aranzadi. 2017. Págs. 81-118.

Salido Valle, C., La *detención policial,* Barcelona: Bosch. 1997.

Sánchez Gómez, R., *El derecho de defensa en la investigación de los delitos de terrorismo.* Pamplona: Aranzadi. 2017.

Serrano Maillo, A., *Patrones y Procesos delictivos. La naturaleza y características del delito en la sociedad contemporánea.* Madrid: Dykinson. 2018. Págs. 97-99.

Serrano Tárraga, M. D., *Criminología. Introducción a sus principios.* 2.ª edición, Madrid: Dykinson. 2018. Págs. 149 y ss.

Varela Gonzalez, J.A., «La Policía Judicial», en Vicente-Gimeno Sendra y Marchal Escalona (directores). *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*. Pamplona: Aranzadi. 2015. Págs. 81-118.

## ARTÍCULOS E INFORMES DE INTERÉS

DEFENSOR DEL PUEBLO. *¿MENORES O ADULTOS? Procedimientos para la determinación de la edad.* Puede consultarse en https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/menores-o-adultos-procedimientos-para-la-determinacion-de-la-edad-enero-2012/

European Asylum Support Office. *Visión global sobre los procedimientos de determinación de la edad en Europa.* Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (2014). Luxemburgo. Puede consultarse en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/7d181c3b-48f4-4ae8-98af-d8e82b1612d1

Lorenzo López, A. L., Diario NIUS (1 de junio de 2022). *Saint-Denis, el suburbio de París que se convirtió en pesadilla para los hinchas en la final de la Champions*.

Ministerio de Justicia. *Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la que se regula el Procedimiento de Evaluación de la Edad.* Puede consultarse en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20procedimiento%20evaluacion%20de%20la%20edad.pdf

Secretaría de Estado de Seguridad. Instrucción 12/2007, de 14 de septiembre, «sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial».

Secretaría de Estado de Seguridad. Instrucción n.º 1/2017 sobre el «Protocolo de actuación policial con menores».

# LA APORTACIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DE TERCEROS AL PROCESO PENAL

## The provision of personal data of third parties to the criminal proceedings

**Juan Alejandro Montoro Sánchez**[1]
Investigador Postdoctoral Margarita Salas[2]
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla / Instituto de Justicia y Litigación «Alonso Martínez» Universidad Carlos III de Madrid
jamonsan@upo.es

**Recibido el 5 de julio de 2024; aceptado el 5 de julio de 2024.**

**Palabras Clave:** protección de datos de carácter personal, cesión de datos personales, proceso penal, medios de investigación; fuentes de prueba.
**Keywords:** data protection right, transfer of personal data, criminal proceeding, investigative actions, evidences.

**Resumen:** El presente trabajo analiza, a la luz de la normativa del derecho a la protección de datos y de la ley procesal, el fenómeno de la aportación de datos de carácter personal de terceros a un órgano judicial del orden penal, con miras a su utilización en el proceso como medio de investigación o como fuente de prueba, con especial atención a sus requisitos y límites.
**Abstract:** This paper analyses, in the light of data protection law and procedural law, the phenomenon of the provision of personal data of third parties to a criminal court, with a view to its use in the process as a investigative action or as a source of evidence, with special attention to its requirements and limits.

## I. LA APORTACIÓN DE DATOS PERSONALES DE TERCEROS COMO FENÓMENO HABITUAL DEL PROCESO PENAL

Los datos de carácter personal que se incorporan a los ficheros jurisdiccionales dependientes de un órgano judicial con ocasión de la tramitación de un proceso penal, para su utilización como medio de investigación o como fuente de prueba, no siempre son facilitados por el interesado al que estos pertenecen[3]. Es habitual en la práctica procesal que el sumario se nutra, en un grado muy importante, de datos personales que son aportados por terceros, sin disponer no ya con el consentimiento previo del titular, sino incluso con su mero conocimiento[4]. Este fenómeno se ve facilitado por el creciente número de bases de datos, tanto de naturaleza pública como privada, en las que se conservan los más abundantes y heterogéneos datos personales con ocasión de la exis-

1. Trabajo vinculado al Proyecto de Investigación de Excelencia del Ministerio de Economía y competitividad «Límites a la utilización de datos, evidencias e información entre procesos y procedimientos diversos en España y la Unión Europea (LUDEI)».
2. Esta publicación ha sido financiada por la Unión Europea «NextGenerationEU», por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y por el Ministerio de Universidades, en el marco de las ayudas Margarita Salas para la Recualificación del sistema universitario español 2021-2023 convocadas por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.
3. Colmenero Guerra, «La protección de datos en la Administración de Justicia» en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, 2016, pág. 17.
4. Murillo de la Cueva, «La protección de datos en la Administración de Justicia» en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 9, 2004, pág. 241 anticipa que «en aplicación de las leyes de enjuiciamiento, con las que concuerda la LOPD [arts. 6.1 y 11.2 d)], la mayor parte de la información personal existente en los ficheros de datos judiciales se habrá obtenido sin que medie el consentimiento de aquél a quien pertenecen por ofrecer la ley la correspondiente cobertura para lograrla».

tencia de una relación jurídica, principalmente la prestación de un servicio de la sociedad de la información o de comunicaciones electrónicas, o en virtud de una obligación legal que afecta al titular del fichero. De hecho, en el ordenamiento jurídico existen multitud de disposiciones legales, en variados ámbitos sectoriales, que ordenan expresamente al responsable de un fichero registrar y conservar datos de carácter personal a efectos de posibilitar su posterior uso en vía jurisdiccional para la represión del delito, aun cuando estos hubieran sido originariamente recogidos para ser destinados exclusivamente a la conquista de fines propios del titular del fichero[5]. Estas disposiciones son especialmente intensas en ciertas parcelas del ordenamiento jurídico administrativo, en las que conviven regímenes sancionadores con tipos penales, como son las referidas al ámbito fiscal, de la protección social o del derecho de la competencia. Además, desde que se aprobaron las primeras leyes internas en materia de protección de datos, el Consejo General del Poder Judicial ha venido suscribiendo múltiples convenios de colaboración con distintas Administraciones públicas[6] y entidades privadas con el objetivo de agilizar el acceso de los órganos judiciales a los ficheros dependientes de los suscriptores con miras a su utilización con fines estrictamente jurisdiccionales.

No obstante, no es necesario tener la condición de responsable del tratamiento o ser titular de una gran base de datos para necesitar valerse de datos de terceros en un proceso. De hecho, los individuos particulares son, en definitiva, los sujetos que copan mayoritariamente las posiciones de parte en los procesos penales y, por ende, los que pueden precisar el uso de los datos personales de terceros de los que dispongan, a efectos de ejercitar su derecho de defensa o la acusación en el seno del proceso penal, alterando la finalidad originaria para la que fueron obtenidos. Y es que todo lo anterior no puede sino confirmar la máxima que manifiesta que «la conservación de datos personales con una determinada finalidad despierta el deseo de hacer uso de dichos datos con otros fines[7]», fenómeno que, de materializarse, entraña una pérdida de los poderes de control y disposición que el derecho a la protección de datos de carácter personal atribuye a sus titulares.

## II. EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO COMO ARQUETIPO DE COMUNICANTE DE DATOS PERSONALES AL ÓRGANO JUDICIAL

La aportación de datos personales de terceros al proceso penal en cualquiera de sus fases, bien tenga lugar por la libre iniciativa del sujeto que disponga de ellos o bien previo requerimiento judicial de entrega al poseedor de la información[8], exige, como antecedente necesario, la existencia de un tratamiento previo de los datos, siquiera elemental, por parte de una persona distinta del interesado. Quiere esto decir que, para que puedan aportarse cualesquiera datos de carácter personal a un proceso penal por el que no es su titular, la persona que los detente debe, en primer lugar, haberlos obtenido previa y directamente del interesado o indirectamente a través de otro sujeto y, posteriormente, proceder a su registro y conservación para la previsible consecución de, cuanto menos, unos fines, muy probablemente prefijados, legítimos y distintos de la aportación al proceso de destino. Y ello sin perjuicio de

5. Murillo de la Cueva, «La protección de datos en la Administración de Justicia», *op. cit.*, pág. 241, alude a las previsiones legales y mecanismos específicos establecidos en el ordenamiento jurídico a fin de permitir el acceso e intercambio de datos entre diversos entidades privadas y Administraciones públicas con los órganos judiciales.
6. Cabezudo Rodríguez expresa que la gestión del intercambio de información con las entidades colaboradores se lleva a cabo de forma segura e instantánea mediante el uso del Punto Neutro Judicial, al que señala como el gran gestor y fuente de información de juzgados y tribunales. No obstante, cabe decir que hoy día y, al menos, en lo que respecta al orden jurisdiccional penal, las fuentes de información esenciales para la investigación y enjuiciamiento se localizan en el ámbito privado. Cabezudo Rodríguez, «Documentación judicial y protección de datos personales» en *La responsabilidad jurídica y social de los archiveros, bibliotecarios y documentalistas en la sociedad del conocimiento* (García Marco, Ed.), Prensas Universitarias Zaragoza, Zaragoza, 2008, pág. 110.
7. Con esta reveladora sentencia dio inicio el escrito de conclusiones de la Abogada General del TJUE de fecha 18 de julio de 2007 relativas a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid en el asunto *Promusicae contra Telefónica de España S.A.U.*, asunto C-275/06. *Vid.* Pérez Gil, «Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2018, pág. 233.
8. Aunque el requerimiento para la aportación de datos personales proceda de un órgano judicial, no siempre se estará ante una solicitud de oficio resultante de la voluntad del propio juez, sino que también puede derivar de una solicitud de práctica de diligencias instada por una de las partes del proceso o por el Ministerio Fiscal.


ISSN: 2951-844X

que los datos personales puedan ser sometidos, además, a otras tantas y complejas operaciones adicionales de procesamiento para alcanzar los fines perseguidos.

Sin embargo, para delimitar los eventuales supuestos que tienen cabida bajo este fenómeno, no es imprescindible indagar minuciosamente en las características cuantitativas y cualitativas del tratamiento antecedente a la cesión, así como a su sometimiento o no a la legislación de protección de datos, pues estas circunstancias no son, *a priori*, relevantes.

La situación más habitual coincidirá con aquella en que la persona que pretenda o sea requerida para aportar datos personales a un proceso penal tenga la condición formal de responsable, o incluso, de encargado del tratamiento de acuerdo con las definiciones establecidas en la normativa de protección de datos[9]. Y ello debido a que concurren, en los sujetos que ocupan tales roles, circunstancias que facilitan una acumulación cuantitativa de datos personales de terceros en su condición de titulares de un fichero, y además cualitativa, pues no resulta extravagante que el objeto del proceso penal pueda tener algún punto de conexión con la relación jurídica que les une con el interesado y que, en definitiva, subyace al tratamiento de sus datos. Tal coincidencia es la que convierte a tales responsables en una potencial fuente privilegiada de datos de carácter personal para el proceso penal, respecto de los propios particulares que actúan al margen de una actividad empresarial o comercial. Y ello con independencia de la naturaleza jurídica que ostente el responsable, pues no existe óbice para que tanto sujetos de derecho privado como entidades y organismos públicos puedan no solo poseer datos útiles para el proceso penal, sino incluso ser parte[10] o, al menos, ostentan algún tipo de interés legítimo en el mismo.

No obstante lo anterior, es igualmente viable que una persona física aporte datos de carácter personal de terceros que hayan sido obtenidos y tratados con fines estrictamente domésticos o personales, esto es, sin que la hubiera movido algún tipo de motivación comercial o profesional y sin que ostente la condición de responsable del tratamiento en el modo establecido en la normativa de protección de datos. También es posible que los datos personales objeto de entrega al órgano jurisdiccional los posea la persona física por causas meramente accidentales o por concurrencia de otras razones fortuitas, sin que se hubieran destinado o conservado en un fichero estructurado de datos[11]. Piénsese, por ejemplo, en las fotografías que, como mera actividad recreativa, tome y conserve un sujeto, que documenten accidentalmente aspectos que pueden resultar útiles para el esclarecimiento de los hechos.

## III. LA CESIÓN O COMUNICACIÓN DE DATOS COMO TRATAMIENTO PREVIO IMPRESCINDIBLE PARA LA INCORPORACIÓN AL PROCESO

Cuando un responsable o un particular procede a entregar datos personales de terceras personas a un órgano judicial, nos encontramos ante un tratamiento consistente en una comunicación o cesión que provoca, por sí misma,

9. Según las definiciones de responsable del tratamiento y de encargado del tratamiento que se contemplan en los apartados 7 y 8 del art. 4 del Reglamento General de Protección de Datos respectivamente.

10. Debe recordarse que desde la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, como dispone el art. 31 *bis* CP. Por ello, pueden ser parte en el proceso tanto en la posición activa como acusación, como en la pasiva. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el art. 31 *quinquies* CP, no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas, lo que no empece su intervención en el proceso como acusación. Por tanto, la intervención de las Administraciones públicas y demás entidades y organismos de índole pública tan solo podrán actuar como acusación en los casos en que la legislación procesal les otorgue legitimación para ello.

11. Pues tal y como señalan Pérez Gil y González López, «La incorporación de datos personales automatizados al proceso en la propuesta de Código Procesal Penal (1)» en *Diario La Ley*, núm. 8217, 2013, pág. 3, «tratamiento y fichero son conceptos estrechamente vinculados, pero no inevitablemente unidos». Por ello, puede haber un tratamiento de datos sin que exista un fichero organizado en el que se registren y conserven los mismos. Los autores se apoyan en el Informe 0279/2009 de la Agencia Española de Protección de Datos en el que se apuntó que la normativa de protección de datos es de aplicación «si se produce un tratamiento de datos con información concerniente a personas físicas identificadas e identificables (...) con independencia de si se crea o no un fichero». No obstante, el RGPD descarta tal posibilidad en su Considerando (15) al advertir que «Los ficheros o conjuntos de ficheros, así como sus portadas, que no estén estructurados con arreglo a criterios específicos, no deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento».

una injerencia en el derecho a la protección de datos del interesado, con independencia de la naturaleza de los datos y del posterior uso que se haga de los mismos[12]. Es decir, nos situamos ante la revelación o manifestación de datos de carácter personal por parte de un sujeto que no es el titular, habitualmente un responsable que tiene la condición de autoridad pública, a un tercero distinto del interesado. En todo acto de comunicación se torna indispensable diferenciar entre las diferentes acciones llevadas a cabo por los dos sujetos involucrados en el proceso de transmisión de los datos, a saber: el particular o responsable tercero como cedente —que puede ser a su vez parte en el proceso o no intervenir— y el órgano judicial como destinatario o cesionario.

La primera de ellas, que es la llevada a cabo por el sujeto transmitente y que consiste en el acto de entrega o transferencia de los datos personales al órgano judicial a través de los canales electrónicos implantados para el establecimiento de las comunicaciones con la Administración de Justicia o alternativamente, cuando no sea obligatorio el uso de los anteriores medios, por los cauces tradicionales en soporte físico. Es importante señalar que estas transmisiones de datos pueden encontrar motivación en diferente fundamento, ya que el tratamiento puede tener origen en la voluntad libre y deliberada del transmitente o al contrario obedecer al cumplimiento de un previo requerimiento de entrega que se haya formulado por el tribunal[13]. En cualquiera de estos supuestos, la operación de tratamiento que efectúa el sujeto que realiza la entrega se identifica indiscutiblemente con una cesión de datos personales que debe entenderse desde una doble perspectiva[14]: la subjetiva, en tanto se produce un trasvase de datos entre dos sujetos, el cedente y el destinatario, es decir se revelan estos a un nuevo sujeto que no disponía de ellos —el tribunal— y a todas luces sin la necesaria confluencia del consentimiento ni el conocimiento del interesado. Y, además, la teleológica, debido a que con la comunicación se proyecta, además, la producción de un nuevo y ulterior tratamiento de los datos destinado a la consecución de una finalidad adicional y distinta de para la que fueron inicialmente recopilados en su origen y que se concreta en alguna de las diferentes finalidades plasmadas en el art. 1.1 de la Directiva 2016/680/UE —art. 1 de la Ley Orgánica 7/2021— para la que se encuentran legitimados los órganos judiciales del orden criminal: la investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.

El marco normativo que resulta de aplicación a estas comunicaciones de datos de carácter personal no es homogéneo y va a depender, en última instancia, del marco legal en el que se encuadre el tratamiento previo de los datos que son objeto de cesión. En primer lugar, debemos hacer referencia a aquellas cesiones efectuadas por una persona física respecto a datos dedicados exclusivamente para su uso personal o doméstico o que no están destinados a incluirse en un fichero organizado y estructurado al que se pueda acceder con arreglo a criterios organizativos determinados. Dado que estas modalidades de tratamiento subyacentes, en cualquiera de sus modalidades[15], se sitúan explícitamente extramuros del ámbito aplicativo del RGPD[16] y de la LOPDGDD[17], no

12. Muy significativo a este respecto resultan las sentencias TJUE de 17 de octubre de 2013 (asunto Schwarz), C-291/12, apartado 25, y de 8 de abril de 2014 (asunto *Digital Rights Ireland* y otros), C-293/12 y C-594/12, apartado 36, recogen la doctrina del TJUE en base a la que se considera la cesión como un tratamiento de datos del que se deriva una injerencia los derechos a la protección de datos de carácter personal y a la vida privada. En concreto estas sentencias confirman que «Dichas operaciones [comunicación, acceso, etc.] son asimismo constitutivas de una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal garantizado por el artículo 8 de la Carta, puesto que constituyen tratamientos de datos de carácter personal». En idéntico sentido se pronunció el TJUE mediante su Dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, apartados 124 y 126, en el expuso que «(…) la comunicación de datos de carácter personal a un tercero, como una autoridad pública, constituye una injerencia en el derecho fundamental consagrado en el artículo 7 de la Carta, cualquiera que sea la utilización posterior de la información comunicada. Lo mismo puede decirse de la conservación de los datos de carácter personal y del acceso a esos datos con vistas a su utilización por parte de las autoridades públicas».
13. En este punto hacemos debe excluirse al sujeto pasivo del proceso penal como destinatario de un requerimiento que prevea la entrega coercitiva de documentos u otros medios en los que se integren datos personales, pues resultaría ilegítimo en cuanto supondría una injerencia no permitida en sus derechos fundamentales a la no autoincriminación y a la presunción de inocencia. Por tanto, los requeridos podrán ser cualesquiera otras personas o entidades, gocen o no de legitimación para adquirir la condición de parte activa.
14. Debe recordarse que, mientras el concepto nacional de cesión obedece al plano subjetivo exclusivamente, el comunitario de comunicación, contempla asimismo al ámbito teleológico. Messía de la Cerda Ballesteros, «La evolución del concepto de cesión o comunicación de datos personales» en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017, págs. 8-9.
15. Automatizada, manual o mixta.
16. El art. 2.2 del RGPD excluye de su ámbito de aplicación al tratamiento efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. Regla enfatizada por el Considerando (15) de RGPD *in fine*, al disponer que «La protección de las personas físicas debe aplicarse al tratamiento automatizado de datos personales, así como a su tratamiento manual, cuando los datos personales figuren en un fichero o estén destinados a ser incluidos en él. En consecuencia, la acumulación o depósito de datos de forma no estructurada, sin atender a un criterio de ordenación que pudiera permitir la búsqueda e identificación de los datos de una persona, no resultaría sometido al régimen tuitivo establecido en el RGPD».
17. Art. 2.2.a) de la LOPDGDD que reafirma al artículo transcrito en la nota anterior, al establecer que «Esta ley orgánica no será de aplicación:

encontrando tampoco cobijo al amparo de la Directiva 2016/680/UE, es posible colegir su escape a la normativa de protección de datos, sin perjuicio de que le resulten de aplicación las condiciones y restricciones que afecten a la validez y eficacia que puedan derivar de la normativa procesal, especialmente las derivadas del principio de proporcionalidad conforme a los términos establecidos por el Tribunal Constitucional, habida cuenta de la injerencia que se provoca en el derecho fundamental a la protección de datos del interesado. En la otra cara se ubican aquellos datos cedidos que, previamente, sean tratados por un responsable del tratamiento. Las operaciones de comunicación por parte de un responsable sometido a la normativa general de protección de datos, esto es, al Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se siguen rigiendo por estas normas y, en particular, por sus principios rectores y garantías específicas, pese a que tengan como destinatario a una autoridad competente del orden penal sujeta por las disposiciones especiales dispuestas en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo.

En segundo lugar, es necesario apuntar al ulterior tratamiento que desarrollaría el órgano judicial de los datos cedidos como su destinatario, a fin de cumplimentar el desarrollo de los fines jurisdiccionales que le son propios y que se concretarían, cuanto menos, en la recogida, incorporación al expediente judicial individual, cesión a las demás partes personadas y conservación en los sistemas de gestión de la Administración de Justicia. Este sucesivo tratamiento que recae sobre los datos comunicados, al ejecutarse por una autoridad competente en el cumplimiento de los fines propios a la Directiva 2016/680/UE se sometería igualmente al régimen jurídico impuesto por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, como norma de transposición de aquella.

## IV. LA ALTERACIÓN DE LA FINALIDAD DEL TRATAMIENTO DERIVADA DE LA CESIÓN DE DATOS PERSONALES CON FINES PENALES

El acto por el cual un responsable del tratamiento —o incluso un particular que no ostente tal condición— procede a comunicar datos personales de terceros a un órgano judicial para su incorporación a un proceso penal como material identificativo o probatorio, constituye, por lo general, un supuesto de utilización de los datos objeto de cesión para una finalidad distinta de para la que fueron inicialmente recabados y procesados por el cedente. Y ello porque lo habitual en la *praxis* es que los datos personales se recolecten inicialmente por el responsable con otros fines, por ejemplo, por ser necesarios para la formalización y desarrollo de una relación comercial o contractual, para el cumplimiento de una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico o con meros fines domésticos entre otros, y solamente con posterioridad, ante el eventual acaecimiento o conocimiento de unos hechos delictivos, si estos pudieran devenir útiles para su esclarecimiento y el de sus autores o para la defensa, se utilicen, además, para cualquiera de estas nuevas finalidades mediante su puesta a disposición del órgano judicial competente. Por tanto, es posible intuir que difícilmente la recogida y el tratamiento sistemático y organizado de datos personales, puede tener como finalidad, en sus orígenes, la posterior entrega a un órgano judicial para su utilización en la investigación o enjuiciamiento de delitos, sino que, antes al contrario, esta finalidad surgirá comúnmente *a posteriori*, una vez se advierta la utilidad de los datos en un proceso penal específico ya iniciado o cuya iniciación se prevé respecto a unos concretos hechos y sujetos.

Y es que, fuera de los casos en los que el ordenamiento jurídico prevé expresamente el mantenimiento de ficheros para el acopio de información y datos personales con fines penales[18], como pudiera ser el caso de las diferentes bases de datos policiales, de los ficheros integrados en el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia o de aquellos otros cuya creación se deriva de legislación sectorial específica, como podrían ser la relativa a la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo[19] o a la de conservación

a) A los tratamientos excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento general de protección de datos por su artículo 2.2, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo».

18. Nos referimos a aquellos ficheros de datos, eminentemente de naturaleza pública, cuya creación obedece a la consecución de los fines propios de la Directiva 680/2016/UE.

19. La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, prevé que los sujetos obligados a adoptar medidas de diligencia debida mantengan ficheros de datos específicos a efectos de cumplimentar las comunicaciones y avisos preceptivos a las autoridades competentes en aquellos casos en que puedan existir riesgos o indicios de blanqueo de capitales. Al respecto: Aneiros Pereira, «Las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales a cargo de determinados profesionales: una fuente de

de datos de tráfico[20], resulta descabellada la idea de que un particular o incluso una entidad u organismo público puedan llevar a cabo la creación de un fichero de datos sistematizado destinado exclusivamente a recopilar datos para su posterior entrega a un proceso penal. De hecho, más allá de los ficheros mantenidos por los letrados que ejerzan en el ámbito penal o de aquellos destinados a conservar las grabaciones de sistemas de videovigilancia, la licitud de creación de un fichero con tal objeto específico fuera de los casos antes expresados quedaría claramente en tela de juicio al no tener encaje en ninguno de los supuestos legitimadores del tratamiento listados en el art. 6 del RGPD.

Estaríamos, por tanto, generalmente, ante un uso de los datos personales para una finalidad no prevista inicialmente, pues esta surgiría *ex novo* con ocasión de la comisión de un delito o de la incoación de un proceso penal, teniendo además un carácter contingente, debido a que se exige que los datos presenten cierta relación y relevancia o utilidad, lo cual no siempre acontecerá. Ello no se compadece ni con el principio rector de limitación de la finalidad vinculado al derecho a la protección de datos, ni con la doctrina constitucional establecida en la STC 292/2000, por la cual, aunque los datos se recojan de forma legítima para su tratamiento, estos solo pueden utilizarse para las finalidades previstas y no para otras adicionales, al quebrar esta práctica las facultades de control y disposición de los interesados[21].

Sin embargo, aunque los datos personales no fueren recogidos inicialmente con la intención de ser aportados a un proceso penal y, por tanto, no se explicitara al interesado a la hora de cumplir con el deber de información la posibilidad de usarlos de tal modo ni la eventual comunicación a un órgano judicial[22], lo cierto es que la entrega de datos con meros fines identificativos o para su uso como medio probatorio de cargo o descargo[23] es una práctica habitual que sin duda alguna contribuye a la realización del ejercicio de los derechos fundamentales a la defensa, a la utilización de medios de prueba pertinentes y a la tutela judicial efectiva proclamados en el art. 24 de la CE, amén de a los también constitucionalmente protegidos intereses generales a la seguridad pública y a la represión de la delincuencia[24]. Y ello a pesar de que *a priori*, esta práctica pueda resultar contraria con el principio rector de limitación de la finalidad proclamado en el art. 5.1.b) del Reglamento General de Protección de Datos, toda vez que en virtud del mismo los datos personales deben ser recogidos y tratados para su uso con los fines determinados, explícitos y

información tributaria» en *Revista técnica tributaria*, núm. 91, 2010, págs. 25-66 y Huerta Viesca, «Práctica y crítica de las obligaciones de las entidades de crédito respecto de sus clientes en prevención del blanqueo de capitales» en *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 117, 2010, págs. 117-140.

20. Nos referimos a los ficheros que todos los operadores de comunicaciones electrónicas deben mantener a fin de conservar los datos de tráfico y localización que se generen como consecuencia de la prestación de servicios de telecomunicaciones con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves en virtud de las obligaciones dispuestas en la Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos. Para un estudio y crítica de estos ficheros pueden consultarse: Colomer Hernández, «Uso y cesión de datos de las comunicaciones electrónicas para investigar delitos tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016» en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute, (*Ruda González y Jerez Delgado, Coords.), Sepín, Las Rozas, 2018, págs. 767-781 y Montoro Sánchez, «El tratamiento de los datos de tráfico y localización con fines penales: estudio de la situación actual» en *Uso y cesión de evidencias y datos personales entre procesos y procedimientos sancionadores o tributarios,* (Colomer Hernández, Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 371-424.

21. Colmenero Guerra, «La protección de datos en la Administración de Justicia» ..., *op. cit.*, pág. 17; y Cabezudo Rodríguez, «Datos personales e informaciones judiciales» en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17, 2009, págs. 18-19. Aluden los autores a los supuestos en los que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado contra la utilización de datos para otras finalidades no previstas inicialmente, como las SSTC 11/1998, de 13 de enero y 202/1999, de 8 de noviembre.

22. Es necesario recordar que las finalidades a las que se destinan los datos deben resultar explícita, esto es deben expresarse de forma clara, transparente y determinante al interesado y puestos en su conocimiento a través de los cauces informativos establecidos en la normativa, sin que proceda incluir fines encubiertos, solapados o ambiguos. Troncoso Reigada, «El principio de calidad de los datos» en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (Troncoco Reigada, Dir.), Civitas, Madrid, 2010, pág. 345; Palma Ortigosa, «Principios relativos al tratamiento de datos personales» en *Protección de datos, responsabilidad activa técnicas de garantía* (Murga Fernández, Fernández Scagliusi y Espejo Lerdo de Tejada, Dirs.), Reus, Madrid, 2018, pág. 44 y Aparicio Salom, «La calidad de los datos» en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (Troncoso Reigada, Dir.), Civitas, Madrid, 2010, pág. 329.

23. O como expresa la Resolución de la AEPD RR/00408/2010, para «lograr la convicción del juez en relación con los hechos que se pretenden acreditar».

24. El Tribunal Constitucional ha declarado expresamente en sentencias como 166/1999, de 27 de septiembre (F. J. 2.º) y 127/2000, de 16 de mayo (F. J. 3.º) que la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros también reconocidos en la Carta Magna como la paz social y la seguridad ciudadana que encuentran amparo en los arts. 10.1 y 104.1 de la CE.

legítimos que haya determinado *ex ante* el responsable, no debiendo ser procesados o comunicados ulteriormente para otros fines que resulten incompatibles[25].

Sentado lo anterior, la cuestión se centra en dilucidar si, en abstracto, y sin tener en cuenta otros aspectos y circunstancias coyunturales que pudieran haber afectado al tratamiento previo, la práctica consistente en comunicar datos personales de terceros que pueda efectuar un responsable de un fichero o un sujeto particular a un órgano judicial para su incorporación a un proceso penal con alguno de los fines de la Ley Orgánica 7/2021, esto es, la investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, en tanto consiste en perpetrar un tratamiento no contemplado primitivamente con una finalidad *ex novo*, resulta acorde a los parámetros de licitud propios del derecho a la protección de datos de carácter personal. Lo cual se muestra como condición estrictamente indispensable para que los datos objeto de comunicación puedan ulteriormente desplegar los efectos pretendidos en el proceso con plena garantía de validez y eficacia.

La licitud de este tratamiento y, por tanto, la superación de un primer filtro para la entrada e incorporación de los datos al proceso, estaría condicionada a que el acto de comunicación reuniera conjuntamente los requisitos exigidos por los principios rectores operantes: encontrar sustento en un fundamento o base legal de legitimación del tratamiento de los contemplados en el art. 6 del RGPD —pues no debemos obviar que dichos tratamientos se sujetan a la norma general—, estar prevista la medida en la ley y la superación del juicio de proporcionalidad requerido por el Convenio 108 para la limitación del derecho a la protección de datos. Y ello sin perjuicio de que la entrada al proceso como fuente de prueba y su validez, dependan en última instancia del cumplimiento de otros requisitos adicionales ligados a la propia normativa de protección de datos y otros de naturaleza eminentemente procesal, como adelanta el art. 236 *ter* 3 LOPJ. Procede analizar individualmente cada uno de los motivos exigidos por el Reglamento General de Protección de Datos.

# V. BASES LEGALES DE LEGITIMACIÓN DE LA CESIÓN DE DATOS CON FINES PENALES

El primero de los requisitos que debe verificarse como condición *sine qua nom* es la existencia de una base legal de tratamiento que ampare y legitime al responsable del tratamiento para efectuar la entrega de los datos personales a un órgano judicial. Si como veremos el responsable podrá encontrar apoyo legal en varias de ellas, la sujeción a una base en particular dependerá finalmente de la relación que aquel ostente con el objeto del procedimiento.

## 1. El consentimiento informado

La primera de las bases legales de tratamiento de datos personales que debe analizarse como posible vía de legitimación de la cesión de datos a un órgano judicial con fines penales es la relativa al consentimiento informado del interesado prestado en los términos exigidos por la normativa general de protección de datos. Sin embargo, es de advertir que el interés en proceder a su examen se centra más que en confirmar su potencial aptitud para legitimar la antedicha comunicación, en descartar su intervención forzosa. Lo cierto es que no existe óbice legal alguno que impida que el interesado pueda consentir desde el mismo momento de la recogida de los datos, o incluso *a posteriori*, previo cumplimiento del deber de información, que el responsable destine sus datos a un órgano judicial, para ser utilizados con fines identificativos o probatorios, incluso para ser utilizados en su contra. De hecho, el RGPD valida las comunicaciones de datos que pueda planear el responsable incluso para servir a nuevos fines, por el mero aval prestado por el consentimiento del interesado, el cual se muestra suficiente por sí mismo[26]. Sin embargo, como se anticipó con anterioridad, es incluso extravagante en la práctica se anticipe tal uso, dado que este se muestra como altamente contingente e incluso no deseado, por las connotaciones negativas que derivan de su inclusión. Piénsese la poca confianza que despertaría en el interesado prestar su consentimiento al responsable para que sus datos se utilicen como prueba de cargo en su propio perjuicio en un proceso penal.

25. Palma Ortigosa, «Principios relativos al tratamiento de datos personales» ..., *op. cit.*, pág. 44 y Puyol Montero, «Los principios del derecho a la protección de datos» en *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (Piñar Mañas, Dir.), Reus, Madrid, 2016, pág. 140.

26. Así se desprende del art. 6.4 del RGPD *ab initio* cuando afirma que «Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado».

Por otro lado, tampoco resultaría lógico considerar al consentimiento previo del interesado como un requisito imprescindible para que el responsable pueda proceder a aportar sus datos personales a un tribunal, pues ello supondría dejar al arbitrio y voluntad de aquel, la oportunidad de que el órgano judicial conocedor de una causa penal pueda obtener de un tercero parte o no, fuentes de prueba y evidencias que pueden resultar fundamentales para la investigación o enjuiciamiento de hechos delictivos. Máxime si se advierte que ello supondría privar al tribunal de una importante fuente de elementos incriminatorios, sobre todo cuando el potencial cedente de los datos coincida con la acusación, víctima o sujeto pasivo del delito, habida cuenta de la probable relación jurídica que subyace al tratamiento de sus datos[27]. Por ende, la exigencia del consentimiento como base legal del tratamiento podría ser contraproducente y perjudicial, no ya únicamente para el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que viera impedida la entrada en el proceso de las evidencias en las que se insertaran los datos de carácter personal, por verse restringido su derecho a la utilización de la prueba; sino también para otros bienes e intereses colectivos de vital importancia para el Estado que presentan relevancia constitucional y comunitaria, como son los de seguridad pública y el interés la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos[28].

Es por ello que, tras la reforma operada en la LOPJ en el año 2015 por la que se introdujo el primigenio régimen de protección de datos operante en la Administración de Justicia, se incorporó una disposición específica, el art. 236.1 *quáter*[29], con el objeto de abordar la problemática de las cesiones de datos a los tribunales desde la perspectiva de todos los sujetos intervinientes, ya que se complementó el contenido del otrora vigente art. 11.2 de la LOPD, desde la dimensión del tribunal como eventual cesionario. Si este último precepto ya legitimaba con anterioridad y, excepcionalmente, la cesión de datos del interesado que pudiera efectuar el responsable del tratamiento, siempre y cuando esta tuviera por destinatario «*al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los jueces o tribunales o el Tribunal de Cuentas*» para el cumplimiento de los fines que le son propios, esto es, para el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el caso de los tribunales, el precepto introducido en la LOPJ tenía el objeto de eximir a los tribunales de la necesidad de obtener el consentimiento del interesado para procesar sus datos personales en el marco del proceso, tanto cuando estos hubieran sido cedidos por alguna de las partes[30] como cuando fueran recabados por sí mismo con la colaboración de terceros o bien a través de diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales. Asimismo, esta disposición venía a aclarar *in fine* que el carácter contingente del consentimiento no obsta a la aplicación de las reglas procesales oportunas respecto a la validez de la prueba, es decir, que la mera licitud de la comunicación no tiene por sí misma ninguna repercusión en la licitud y eficacia probatoria de los datos, debiendo encontrarse en las tradicionales reglas contempladas en la norma procesal. Tras la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial a través de la Ley Orgánica 7/2021, dicha regulación se prevé en la actualidad en el art. 236 *ter* 3 de la LOPJ, en idénticos términos.

Como consecuencia de todo lo anterior, es posible descartar al consentimiento como base imprescindible para la comunicación de datos de terceros por un responsable del tratamiento o por un particular a un órgano judicial, siempre que tuvieren como destino un uso con fines estrictamente jurisdiccionales[31]. Por lo que, de no contar con el consentimiento del interesado, el responsable deberá encontrar respaldo en otro fundamento legal que avale la licitud de la cesión de los datos personales.

27. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por la AEPD en varias resoluciones. Por ejemplo, en las núm. 1555/2007 y la más reciente E/06807/2017, en las que con ocasión de la cesión de datos al órgano judicial sin consentimiento resolvió que «la exigibilidad del consentimiento del oponente para el tratamiento de sus datos supondría dejar a disposición de aquél el almacenamiento de la información necesaria para que el denunciante pueda ejercer, en plenitud, su derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la falta de estos datos o su comunicación a la contraparte, puede implicar, lógicamente, una merma en la posibilidad de aportación por el interesado de "los medios de prueba pertinentes para su defensa", vulnerándose otra de las garantías derivadas del citado derecho a la tutela efectiva y coartándose la posibilidad de obtener el pleno desenvolvimiento de este derecho». También es destacable el Dictamen CNS 7/2018, de 7 de marzo de la Autoridad Catalana de Protección de Datos.

28. Pueden consultarse en el ámbito europeo las sentencias TJUE de 29 de enero de 2008 (asunto *Promusicae*), apartado 51; de 8 de abril de 2014 (asunto Digital Rights), apartado 62 y de 21 de diciembre de 2016 (asunto *Tele2 Sverige AB*), apartado 120. En relación al artículo 8 del CEDH, puede acudirse a la sentencia TEDH de 12 de enero de 2016 (asunto Szabó y Vissy *vs*. Hungría), apartados 77 y 80.

29. Art. 236.1 *quáter* LOPJ (actualmente reformado): «*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, no será necesario el consentimiento del interesado para que los tribunales procedan al tratamiento de los datos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya sean* éstos *facilitados por las partes o recabados a solicitud del propio Tribunal, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas procesales para la validez de la prueba*».

30. En el caso previsto en el art. 11.2.d) Ley Orgánica 15/1999.

31. López Calvo, *Algunas cuestiones relevantes en protección de datos de carácter personal en Tribunales y Fiscalía tras el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD),* Sepín, Las Rozas, 2019, pág. 23.


ISSN: 2951-844X

## 2. El tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal del responsable del tratamiento

En virtud de lo dispuesto en los arts. 259, 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[32], los cuales se integran en el libro II de su título I sobre la denuncia, la persona que presencie personalmente o que, por cualquier otro medio, adquiera conocimiento de la comisión de unos hechos delictivos de naturaleza pública y, por ende, perseguible de oficio, tiene obligación[33] de denunciarlo a los tribunales, Ministerio Fiscal o a la policía, bajo pena de multa. Asimismo, en la denuncia que puede interponerse tanto de forma verbal como por escrito[34], se deben recoger, entre otros aspectos, las noticias y circunstancias con las que cuente el denunciante, tal y como ordena el art. 237 de la LECrim.

Es decir, los anteriores preceptos obligan a toda persona, no solo a poner de manifiesto a las autoridades competentes para la investigación criminal la eventual perpetración de unos hechos delictivos, sino incluso, cuando dispongan de ello, deberán aportar aquellos documentos, información o datos complementarios que puedan resultar útiles para esclarecer los mismos, sus circunstancias y su autoría. Por tanto, cuando un responsable del tratamiento o un particular, en cumplimiento de alguna de las obligaciones reseñadas denuncie la comisión de unos hechos delictivos y, además, por contribuir a tales fines, efectúe la entrega de datos de carácter personal de los registrados en sus ficheros o de los que tenga en su poder a un órgano judicial[35], se produciría una cesión de datos, en principio lícita, por encontrar amparo en la base consistente en el cumplimiento de una obligación legal establecida en el art. 6.1.c) del RGPD[36].

Mención especial requiere, en este punto, la obligación legal de denunciar delitos que se establece para determinadas Administraciones públicas y otros organismos de naturaleza pública. Piénsese que, durante el desarrollo de las competencias y funciones de algunos organismos públicos, es viable que se pueda advertir, por las autoridades o funcionarios que intervengan, posibles conductas u omisiones que pueden resultar delictivas directamente. En otras ocasiones, particularmente en aquellos ámbitos sectoriales que reprimen conductas que atentan contra bienes jurídicos protegidos en las que convergen el régimen sancionador administrativo con el penal, tras la incoación de un procedimiento sancionador puede advertirse que los hechos revisten gravedad delictiva. En tales casos, los responsables de estos servicios públicos deben también denunciar los hechos a la autoridad competente. Ejemplo paradigmático de tal obligación es la prevista en el art. 95 de la Ley General Tributaria respecto de los funcionarios de las Administraciones tributarias. Ante la apreciación de la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, estos deberán deducir el tanto de culpa o remitir al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito.

Asimismo, también serían asimilables a tal supuesto, resultando amparadas bajo la base legitimadora del tratamiento de datos referida al cumplimiento de una obligación legal, aquellas cesiones de datos que pudieran efectuarse por un responsable del tratamiento o una persona física a un tribunal, en virtud de un requerimiento de entrega de datos. Y ello con independencia de que el sujeto requerido para ceder datos de carácter personal no tenga vincu-

32. El art. 259 de la LECrim obliga al «que presenciare la perpetración de cualquier delito público (…) a ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas». Mientras, el art. 262 de la LECrim extiende esta obligación a «Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante».

33. Debe recordarse que la obligación de efectuar la denuncia no se extiende a cualquier persona, pues en la propia LECrim se recogen ciertos supuestos de dispensa. Así el art. 260 de la LECrim exime a los impúberes y a los que no gozaren del pleno uso de su razón; el art. 261 del mismo texto legal a los familiares más cercanos del delincuente y, finalmente, el art. 264 de la norma rituaria dispensa a los abogados y procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes.

34. Art. 265 de la LECrim.

35. Obviamente, el acompañamiento a la *notitia criminis* de datos de carácter personal, ya fuere a través de la entrega de documentación o de cualquier otro soporte, ocurrirá en el mayor de los supuestos cuando el denunciante sea, a su vez, víctima o sujeto pasivo del hecho criminal. Aunque ello tampoco es condición indispensable, ya que el denunciante puede contar con datos personales que colaboren a la investigación de los hechos sin tener vinculación alguna con estos, como sucede, por ejemplo, en aquellos supuestos en que un sujeto se limite a denunciar algún delito captado por un sistema de video vigilancia del que es responsable y que, sin embargo, no le perjudiquen ni afecten directamente.

36. Legitimación que ha respaldado incluso la Agencia Española de Protección de Datos en el Informe del Gabinete Jurídico 9/2019 y el GTA29 en su Dictamen 1/2006 sobre la aplicación de las normas de la UE relativas a la protección de datos a programas internos de denuncia de irregularidades en los campos de la contabilidad, controles contables internos, asuntos de auditoría, lucha contra el soborno, delitos bancarios y financieros, respecto a los canales de denuncias internos.

lación alguna con el objeto del proceso penal y, por tanto, no ostente la condición de parte ni tenga legitimación para ello. Con la entrega al juzgado de los datos personales objeto de requerimiento, se estaría dando cumplimento a la obligación de colaboración con la Administración de Justicia impuesta tanto por la normativa procesal penal[37] como por la de protección de datos[38], pero cuyo origen último se incardina en el art. 118 de la Constitución Española[39].

### 3. El tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento

Ante la inexistencia de consentimiento del interesado o de otra base legal, la cesión de datos personales de terceros a un órgano judicial también puede, en ciertos casos, estar avalada por la causa de legitimación prevista en el art. 6.1.f) del RGPD, esto es, estar el tratamiento basado en la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable o de un tercero al que se puedan comunicar dichos datos[40].

Ahora bien, pese a que el Grupo de Trabajo del art. 29 ha reconocido la importancia y utilidad de esta base siempre que concurran las circunstancias exigidas y el tratamiento se sujete a las garantías adecuadas, pues contribuye a la circulación de los datos evitando una dependencia excesiva de las demás bases legales, ha enfatizado que esta no debe de servir como cajón de sastre ni como último recurso para situaciones extrañas o inesperadas, y, por tanto, no es apropiada la extensión de su uso indebidamente habida cuenta de la aparenta relajación de exigencias[41].

La utilización de la presente causa exige que, sobre los intereses legítimos[42] del responsable, «no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado[43] que requieran la protección de datos persona-

37. Son diversas las normas de índole procesal en las que se encuentran concreciones que materializan genérica o específicamente el deber y obligación de colaboración con los tribunales proclamado en el art. 118 de la CE. Es el art. 17.1 de la LOPJ el que proclama, con carácter general y respecto a todas las personas y entidades de carácter público o privado, la obligación en la forma que la ley pueda establecer, de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley. *Vid.* Garberi Llobregat, «Artículo 118 CE: La obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de Jueces y Tribunales» en *Diario La Ley*, núm. 9365, 2019, pág. 2. Imposición que en el ámbito del proceso penal encuentra cobijo al amparo del art. 575 de la LECrim, mas solo respecto a la dimensión de colaboración de exhibición de los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa. Rodríguez Lainz ubica en esta obligación por conexión con el ya derogado art. 11.2.b) de la LOPD, la legitimación necesaria para ceder datos y documentos de terceros relevantes para el proceso. *Vid.* Rodríguez Lainz, «Sobre la previsible incidencia de la cuestión prejudicial C-207/16 en la definitiva defenestración del régimen legal español sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones» en *Diario La Ley*, núm. 9273, 2018, pág. 4.

38. El art. 7 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, ha incluido expresamente el deber de colaboración de los ciudadanos con las distintas autoridades competentes penales —incluidos los órganos judiciales— ante la petición de datos de carácter personal que fueren necesarios para la consecución de alguno de los fines perseguidos vinculados a la norma, siempre y cuando atienda a las competencias atribuidas *ex lege* y medie una petición concreta, específica y motivada.

39. Se trata de la obligación constitucional consagrada en el art. 118 del texto constitucional predicable de toda persona, sean parte o no de un proceso, y por la que deben de prestar a los juzgados y tribunales toda la colaboración necesaria para la tramitación de los procesos judiciales y su ejecución. Garberí Llobregat, «Artículo 118 CE: La obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de Jueces y Tribunales», *op. cit.*, págs. 2-4.

40. Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE y Palma Ortigosa, «Principios relativos al tratamiento de datos personales» …, *op. cit.*, pág. 42.

41. Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE.

42. Es posible considerar a un interés como legítimo cuando sea compatible con el ordenamiento jurídico en general y con la normativa de protección de datos en particular. Por ello ha sido también descrito como aquel aceptable en virtud de la ley en el Dictamen 3/2013 del Grupo de trabajo del Art. 29 sobre la limitación de la finalidad, pág. 9. Entre otros fines, se han reconocido como legítimos por el Grupo del art. 29 «la ejecución de derechos reconocidos en procedimientos judiciales, incluido el cobro de deudas mediante procedimientos extrajudiciales» o la «prevención del fraude». Ello garantiza, en gran medida, la utilización de esta vía de licitud para la aportación de datos. *Vid.* Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, pág. 30.

43. El ámbito de protección de los bienes jurídicos que pueden afectar al interesado para efectuar la ponderación es más amplio que la del responsable, motivo por el que se alude a intereses en general, sin exigir que su legitimidad, y amén de sus derechos y libertades fundamentales. Por ello, expresa el GTA29 «las personas implicadas en actividades ilegales no deberán estar sujetas a una injerencia desproporcionada en sus derechos e intereses». *Vid.* Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, pág. 36.

les»[44]. Por tanto, para verificar la procedencia de su aplicación, habrá que efectuar, caso a caso, una ponderación de los intereses y/o derechos en liza del responsable[45] y del interesado, no pudiendo extraer una regla general aplicable a todo supuesto[46]. A tal fin, será pertinente valorar particularmente «si en el supuesto concreto objeto de análisis existirá un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos que prevalezca sobre el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del RGPD o si, por el contrario, los derechos fundamentales o intereses de los interesados a los que se refiera el tratamiento de los datos han de prevalecer sobre el interés legítimo en que el responsable pretende fundamentar el tratamiento de los datos de carácter personal[47]».

En el caso que nos pende, el interés legítimo del responsable se situaría en el ejercicio pleno de los derechos fundamentales a la utilización de los medios de prueba pertinentes en el proceso y en el derecho a la defensa, que trascenderían, a su vez, en el también derecho fundamental al que indisociablemente se encuentran unidos: la tutela judicial efectiva[48]. En relación al derecho a la utilización de prueba, el Tribunal Constitucional ha reconocido que su núcleo esencial consiste en el poder jurídico reconocido a quien interviene como litigante en un proceso provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso[49]. Por tanto, impedir al responsable que sea parte en un proceso[50] de la posibilidad de valerse de medios probatorios que contengan o consistan en datos de carácter personal útiles para el ejercicio de la estrategia de defensa planteada por el sujeto, con justificación en que se precisa una comunicación y utilización de los datos de nuevo cuño, es de tal envergadura que la privación podría mermar sobremanera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Incluso si nos situáramos en un supuesto extremo, la restricción de aportación de ciertos medios probatorios podría tener una trascendencia tal que es posible la derivación de una condena o absolución injustas.

Tampoco podrían perderse de vista otros intereses concurrentes para este tipo de comunicaciones, concretamente los perseguidos por el potencial destinatario, ya que la propia norma alude a ello para el caso de que exista una comunicación de datos como sucedería en el teórico y genérico caso que analizamos. Los intereses legítimos del cesionario —que no olvidemos, es el órgano judicial del orden penal que conozca de la instrucción— se identificarían con el interés público general en combatir la delincuencia y en el mantenimiento de la seguridad pública[51], bienes

44. Las sentencias TJUE de 4 de mayo de 2017 (asunto *Rīgas Satiksme*), apartado 28A y, posteriormente, la de 11 de diciembre de 2019 (asunto TK), apartado 32, fijaron tres requisitos para que el tratamiento de datos personales resulte lícito: «primero, que el responsable del tratamiento o el tercero o terceros a quienes se comuniquen los datos persigan un interés legítimo; segundo, que el tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción de ese interés legítimo; y, tercero, que no prevalezcan sobre el interés legítimo perseguido los derechos y libertades fundamentales del interesado en la protección de los datos».

45. Y también del destinatario para el caso de que sea este quien requiere los datos para destinarlos a sus intereses legítimos.

46. STJUE de 24 de noviembre de 2011 (asunto ASNEF y FECEDM), apartado 40, que afirma que «No obstante, ha de tenerse en cuenta que el segundo de esos requisitos exige una ponderación de los derechos e intereses en conflicto, que dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado». En el mismo sentido, cabe mencionar también la más reciente STJUE de 11 de diciembre de 2019 (asunto TK), apartado 32.

47. Informe 09/2019 del Gabinete Jurídico Agencia Española de Protección de Datos sobre interés legítimo, SSTJUE de 24 de noviembre de 2011 (asunto ASNEF y FECEDM), apartado 38 y de 11 de diciembre de 2019 (asunto TK), apartado 32.

48. La jurisprudencia constitucional ha advertido la íntima relación del derecho a la prueba con otros derechos integrados en el art. 24 de la CE. Sirva a ello el siguiente pasaje contenido en las SSTC 212/2013, de 16 de diciembre y 88/2014, de 28 de mayo: «Concretamente, en nuestra doctrina constitucional hemos hecho hincapié en la conexión de este específico derecho constitucional con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), cuyo alcance incluye las cuestiones relativas a la prueba (SSTC 89/1986, de 1 de julio, FJ 2; 50/1988, de 22 de marzo, FJ 3; 110/1995, de 4 de julio, FJ 4; 189/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; y 221/1998, de 24 de noviembre, FJ 3), y con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es inseparable (SSTC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; y 26/2000, de 31 de enero, FJ 2)».

49. SSTC 19/2001, de 29 de enero y 133/2003, 37/2000, de 14 de febrero.

50. En base a estas circunstancias y a los intereses legítimos afectados, es claro que la presente base jurídica de legitimación solo podrá sustentar, en su caso, la comunicación de datos que haga alguna de las partes personadas en el proceso, descartándose la de terceras personas o responsables ajenos que pudieran, por ejemplo, intervenir como testigos o contar con documentación útil.

51. También ha sido validada la persecución de un interés público general como causa de utilización de esta vía de licitud para efectuar la comunicación de datos personales a un tercero. Y no debe obviarse que el Considerando (50) del RGPD considera a este supuesto como de interés legítimo, al precisar que «La indicación de posibles actos delictivos o amenazas para la seguridad pública por parte del responsable del tratamiento y la transmisión a la autoridad competente de los datos respecto de casos individuales o casos diversos relacionados con un mismo acto delictivo o amenaza para la seguridad pública debe considerarse que es en interés legítimo del responsable».

colectivos que resultan de una notable relevancia constitucional desde el punto de vista nacional y que trascienden al ámbito internacional y comunitario.

Mientras, el derecho en liza del interesado cuyos datos van a ser comunicados se identificaría con algún interés o derecho y libertad fundamental que encuentre protección a través del derecho a la protección de los datos de carácter personal, como garante de los demás derechos del individuo. Cierto es que habrá que atender al caso concreto y las propias expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable[52], si bien, debe advertirse que la lesión que pudiera producirse en interesado será superior cuando la cesión consistiera en datos que figuran en fuentes no accesibles al público o que pertenecieran a categorías especiales de datos[53], pues como afirma el TJUE, el órgano judicial, como destinatario primero y las demás partes personadas, dispondrían de ciertas informaciones sobre la vida privada del interesado que pueden incidir en su núcleo irreductible. De modo que la probable «lesión en los derechos del interesado consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta debe ser apreciada en su justo valor, contrapesándola con el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos»[54].

Una vez definidos todos los derechos e intereses enfrentados, deberá procederse a efectuar una meticulosa ponderación[55] entre todos ellos basada en los siguientes factores. De su resultado dependerá *prima facie* la eventual licitud de la comunicación:

a) La evaluación del interés legítimo del responsable del tratamiento: debemos tener en cuenta que se tratan de derechos fundamentales e intereses públicos colectivos que trascienden a toda la sociedad y que se reconocen en los principales Convenios sobre Derechos Humanos. También la jurisprudencia ha admitido la primacía general de ambos intereses en detrimento del derecho a la protección de datos[56]. Dada la importancia de estos y lo apremiante de su uso, es posible, *a priori*, y a falta de sopesar los demás criterios, justificar «una intrusión significativa en la privacidad o cualquier otra repercusión importante en los intereses o derechos de los interesados».
b) El impacto sobre el interesado: se trata de valorar la repercusión que se deriva para el interesado de la comunicación de sus datos personales al órgano judicial. Se deben sopesar factores como la naturaleza de los datos personales cedidos[57], la manera en que se trata la información, las expectativas razonables de privacidad con las que contaba y la posición de equilibrio entre el responsable del tratamiento y del interesado. En este

52. Considerando (47) del RGPD.
53. «Al estar dotados de garantías reforzadas, su uso para la investigación y prueba de delitos, presenta un grado de injerencia superior en la esfera jurídico fundamental, por lo que estas barreras de protección robustas, podrían generar un *óbice* a la persecución penal no siempre justificable». *Vid*. Pérez Gil, «Exclusiones probatorias por vulneración del derecho a la protección de datos personales en el proceso penal» en *Justicia* ¿Garantías *"versus" eficiencia?* (Jiménez Conde y Bellido Penadés, Dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 416.
54. STJUE de 24 de noviembre de 2011 (asunto ASNEF y FECEDM), apartado 45.
55. Así lo exige el Considerando 47 del RGPD al afirmar que «En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin». Palma Ortigosa, «*Principios* relativos al tratamiento de datos personales» …, *op. cit.*, pág. 42.
56. En la STC 292/2000, de 30 de noviembre se afirmó que «*…el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del art. 18, la STC 110/1984, FJ 5). En cuanto a los límites de este derecho fundamental no estará de más recordar que la Constitución menciona en el art. 105 b) que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos "salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas" (en relación con el art. 8.1 y 18.1 y 4 CE), y en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana. Bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE (por citar las más recientes, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.a; ATC 155/1999, de 14 de junio)*».
57. La presencia de datos pertenecientes a categorías especiales se tratará de un factor determinante y un hándicap para el uso del interés legítimo como base de tratamiento, si bien tampoco insalvable, pues el Considerando 52 autoriza expresamente «*a título excepcional el tratamiento de dichos datos personales cuando sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, ya sea por un procedimiento judicial o un procedimiento administrativo o extrajudicial*».

aspecto, es incontestable que si el interesado es conocedor de los datos que son objeto de tratamiento y de su posible utilidad en el proceso, es razonable que pueda prever su potencial uso.

c) Equilibrio provisional: se refiere al grado de cumplimiento de la normativa de protección de datos y transparencia por el responsable. De este modo, un mejor cumplimiento podría implicar un uso justificado de la base legitimadora.

d) Las garantías adicionales para mantener la seguridad e integridad de los datos y para minimizar el impacto en los derechos del interesado que pueda adoptar el responsable o cesionario[58].

En términos generales, deberemos indicar que, con carácter habitual, la parte en el proceso que tenga interés en aportar medios probatorios basados en datos personales con el objeto de ejercer su derecho de defensa en garantía de la tutela judicial efectiva, encontrará en el interés legítimo a un aliado para asegurar la licitud del tratamiento. La jurisprudencia de todos los ámbitos es prácticamente unánime al determinar que el derecho a la protección de datos del interesado no es ilimitado, y que puede ceder cuando se enfrenta a otros derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos constitucional o convencionalmente. Habiendo señalado explícitamente a «la seguridad y defensa del Estado[59]» y a «la persecución y castigo del delito[60]» como algunos de los límites que pueden prevalecer frente al derecho a la autodeterminación informativa. En cualquier caso, se torna esencial y prioritario que el responsable proceda, con carácter previo a materializar la comunicación de datos al juzgado, a realizar una minuciosa ponderación de los intereses y derechos en liza, en el que, además de valorar los precitados factores orientadores, se preste una especial atención a la proporcionalidad de la medida, pues de su resultado se verificará la viabilidad del uso de tal vía legal para realizar la aportación de datos al proceso y garantizar así su licitud y eficacia.

## 4. El tratamiento es necesario para una misión de interés público o para el ejercicio de poderes públicos

Ante la imposibilidad de aplicación de cualquiera de las anteriores bases, en ciertos supuestos muy concretos es posible ampararse para realizar una cesión de datos a un órgano judicial en la base consistente en la necesidad del tratamiento de los datos por el destinatario para el cumplimiento de una misión de interés público o en el ejercicio de poderes públicos. El Grupo del art. 29 ha estimado válida la revelación de datos a la autoridad competente cuando sean útiles para la investigación o enjuiciamiento de delitos como forma de cooperación voluntaria y espontánea del responsable que cede los datos, en aquellos casos en que no exista un previo requerimiento formal y coactivo del tribunal en el que se solicite su entrega[61]. Ello puede deberse a que el órgano judicial desconozca la

58. Resulta especialmente interesante e ilustrativa la lectura del Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD con número 0456/2015, pues efectúa una ponderación de todos y cada uno de los factores expuestos respecto a la eventual comunicación de las grabaciones de un sistema de video vigilancia a un órgano judicial para proceder al enjuiciamiento penal, basado en la existencia de interés legítimo.

59. En el plano nacional destacan las SSTC 166/1999, de 27 de septiembre (F. J. 2º), 127/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º), 292/2000, de 30 de noviembre y el ATC 155/1999, de 14 de junio. En el ámbito del TEDH, las sentencias de 26 de marzo de 1987 (asunto Leander *vs*. Suecia), apartado 47. Y de la jurisprudencia del TJUE, las sentencias de 29 de enero de 2008 (asunto *Promusicae*), apartado 53; 8 de abril de 2014 (asunto *Digital Rights Ireland*), y 21 de diciembre de 2016 (asunto *Tele 2 Sverige AB)*, apartados 41 a 44.

60. También en el ámbito nacional puede citarse la siguiente jurisprudencia nacional: SSTC 166/1999, de 27 de septiembre (F. J. 2º) y 127/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º). Y en el ámbito del CEDH, las SSTEDH de 25 de febrero de 1997 (asunto Z. *vs*. Finlandia), y de 25 de febrero de 1993 (asunto Funke *vs*. Francia). Y de la jurisprudencia del TJUE, las sentencias de 23 de noviembre de 2010 (asunto *Tsakouridis*) apartados 46 y 47; de 29 de enero de 2008 (asunto *Promusicae*), apartado 53; 8 de abril de 2014 (asunto *Digital Rights Ireland*), apartado 29 y de 21 de diciembre de 2016 (asunto *Tele 2 Sverige AB*), apartado 90.

61. El Dictamen 06/2014 del GTA29 alude específicamente a este caso como incluido en tal base legal, explicando que esta «comprende situaciones en las que el responsable del tratamiento no tiene una potestad oficial, pero una tercera parte con dicha potestad le solicita que revele los datos. Por ejemplo, un funcionario de un organismo público competente para investigar delitos puede pedir al responsable del tratamiento que coopere en una investigación en curso, en vez de ordenar al responsable del tratamiento que cumpla una solicitud específica de cooperación. El artículo 7, letra e), cubre además situaciones en las que el responsable del tratamiento comunica de forma proactiva los datos a una tercera parte con dicha potestad oficial. Este puede ser el caso, por ejemplo, de que el responsable del tratamiento advierta que se ha cometido un delito penal y facilite esta información a las autoridades competentes con funciones coercitivas por iniciativa propia. A diferencia del caso del artículo 7, letra c), no se exige que el responsable del tratamiento actúe en virtud de una obligación jurídica. Utilizando el ejemplo anterior, puede que un responsable del tratamiento que advierta de manera accidental que se ha cometido un robo

existencia de tales datos, su concreta ubicación en un fichero o porque exista un retraso o una averiguación pendiente en la solicitud.

En vista de lo anterior, cabe colegir que solamente sujetos que no ostenten la condición de parte en el proceso para el que resulten beneficiosos los datos personales y que no tengan una obligación legal de aportarlos podrán ampararse en esta base de legitimación, mostrándose este como un fundamento residual para aquellas situaciones que no encuentren apoyo en alguno de los principios vistos con anterioridad.

## VI. REQUISITOS LEGITIMADORES DE LA CESIÓN DE DATOS PERSONALES PARA FINES INCOMPATIBLES

El segundo y último de los requisitos que, con carácter general, exige el RGPD en su art. 6.4 para efectuar una comunicación de datos personales que pueda entenderse lícita, es que la finalidad a la que se destinen sea compatible con la primitiva que dio lugar a su recogida inicial, aun no siendo ambas plenamente coincidentes. Dada la indeterminación del concepto jurídico de compatibilidad, la norma establece una serie de factores orientadores con los que el responsable podrá guiarse, a fin de llevar a cabo una evaluación que permita dilucidar la afinidad de los diferentes fines que resulten[62]. Sin embargo, consciente el legislador comunitario del probable surgimiento *ex novo* de inéditos e imperiosos fines a los que destinar los datos personales[63], en principio sin conexión alguna con los primitivos, lo que impediría de plano su uso, ha instaurado un régimen alternativo y excepcional que sustituye la aplicación del criterio de la compatibilidad de fines, por el de la habilitación legal expresa que sea respetuosa con el examen de proporcionalidad característico del CEDH y Convenio 108[64].

Al resultar esta vía alternativa para la legitimación de las cesiones de datos de carácter especialmente extraordinario, se reserva exclusivamente para la salvaguarda de alguno de los bienes jurídicos individuales o colectivos más valiosos de la sociedad, que son recogidos en el artículo 23 del RGPD. En este listado es posible localizar aquellos intereses que, de un modo u otro, se involucran en una cesión de datos que tenga por destinatario a un órgano judicial del orden penal para la tramitación de un proceso. De este modo, se relacionan como bienes jurídicos colectivos y se hace expresa mención a la seguridad pública; a la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención y, finalmente, a la protección de la independencia judicial y de los procedimientos judiciales. Mientras tanto, como bien jurídico individual se localiza a la defensa, que debe ser interpretada de forma amplia, para dar cobijo a cualquiera de las dimensiones del derecho a la defensa, incluida la utilización de los medios probatorios necesarios para el convencimiento del juez.

En este punto, se torna necesario verificar la concurrencia de las condiciones exigidas por el precepto: en primer lugar, la existencia en el ordenamiento nacional o comunitario de una norma legal que habilite expresamente a un responsable del tratamiento o a individuo a título particular a comunicar datos personales de terceros a un órgano judicial para su uso con fines probatorios y de defensa o por resultar imprescindibles para el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito penal. Y, en segundo término, de ser la anterior confirmada, comprobar si la medida resulta necesaria y proporcional en un estado democrático (en sentido abstracto y concreto). La superación de ambos requisitos supondrá la superación del canon de proporcionalidad exigido por el art. 9 del Convenio 108 y por

o un fraude no tenga la obligación jurídica de informar de ello a la policía, pero puede, no obstante, en determinados casos, hacerlo así voluntariamente». *Vid.* Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, pág. 23.

62. Puyol Montero, «Los principios del derecho a la protección de datos» …, *op. cit.*, págs. 138-139 y Palma Ortigosa, «Principios relativos al tratamiento de datos personales» …, *op. cit.*, págs. 44-45.

63. Tanto si el tratamiento para un nuevo uso tendrá lugar por el propio responsable o por un destinatario.

64. El Considerando (50) del RGPD lo explica tal que así: «Si el interesado dio su consentimiento o el tratamiento se basa en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituye una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar, en particular, objetivos importantes de interés público general, el responsable debe estar facultado para el tratamiento ulterior de los datos personales, con independencia de la compatibilidad de los fines».


ISSN: 2951-844X

el art. 8 del CEDH[65] para el establecimiento de limitaciones al derecho a la protección de datos de carácter personal[66], presupuestos esenciales para garantizar la validez de la cesión de datos a efectos penales.

## 1. Norma legal habilitante para la cesión de datos de carácter personal en el ámbito procesal penal

El primero de los requisitos exigidos por el art. 5.4 del RGPD en relación con el 23 del mismo texto es que el tratamiento y su finalidad deben de estar basados en el derecho de la Unión o del Estado miembro. Regla que, con carácter general, contemplan los diferentes sistemas jurídicos de protección de los derechos fundamentales y que se identifica con la necesaria reserva de ley que se precisa de cualquier medida que implique una limitación de aquellos[67]. Pues la reserva de ley exigida por la Constitución para la regulación de los derechos y libertades fundamentales que reconoce desempeña una doble función. En primer lugar, la función de asegurar que los derechos de los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, por otro lado, otra función es garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, habida cuenta del sometimiento de los jueces y magistrados al imperio de la ley en la aplicación del ordenamiento jurídico. Derivándose de estas funciones una doble exigencia. En primer lugar, la necesaria existencia de una ley que desarrolle o limite al derecho fundamental que reúna, a su vez, «todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica», esto es, «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención»[68]. Y, en segundo lugar, que congregue, además, las exigencias de

65. Recuérdese que el art. 52.3 de la CDFUE remite al CEDH en lo tocante al sentido y alcance de los derechos reconocidos por ambos instrumentos, al precisar que «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». La sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 2015 (asunto *Web Mind Licenses*) señaló, en relación al derecho a la intimidad familiar y personal, aunque es plenamente trasladable al ámbito del derecho a la protección de datos, que «el artículo 7 de la Carta, referido al derecho al respeto de la vida privada y familiar, contiene derechos equivalentes a los garantizados por el artículo 8, apartado 1, del CEDH, y que, por consiguiente, conforme al artículo 52, apartado 3, de la Carta, debe darse a dicho artículo 7 el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al artículo 8, apartado 1, del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

66. Y más específicamente, como afirma el TJUE en su sentencia de 9 de noviembre de 2010 (asunto *Markus Schecke*) «las limitaciones al derecho a la protección de los datos de carácter personal que pueden establecerse legítimamente [en el plan comunitario] corresponden a las toleradas en el contexto del artículo 8 del CEDH».

67. Por mandado constitucional, toda injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades, que incida sobre su desarrollo o que limite o condicione su ejercicio precisa una habilitación legal, *vid*. STC 49/1999, de 5 de abril (F.J. 4.º). Habiendo confirmado el Tribunal Constitucional en aplicación de estas reglas al derecho a la protección de datos en su STC 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 11.º) que «(…) este Tribunal ha declarado que el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del art. 18, la STC 110/1984, FJ 5). Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 18/1999, de 22 de febrero, F.J. 2)». En el ámbito comunitario ,de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52, apartado 1, de la CDFUE, «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por *ésta* deberá ser establecida por la ley, respetar su contenido esencial y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones a dichos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». Mientras, en el plano del CEDH, su art. 8.2 dispone que «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

68. STC 49/1999, de 5 de abril (F.J. 4.º).

previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales[69]. La falta de cualquiera de estos elementos, además de lesionar al principio de seguridad jurídica que se proclama en el art. 9.3 de la CE y se materializa en la necesaria certeza sobre el ordenamiento y en la expectativa fundada de la persona, sobre las consecuencias de la aplicación de la norma, lesionaría el contenido esencial del derecho fundamental que se restringe, «dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio»[70]. En similares términos se ha expresado el TEDH en relación con el art. 8 del CEDH, en el que se reconoce el derecho a la vida privada y familiar, pero en el que se integra, además, la protección de datos de carácter personal. A tal efecto, se exige que las limitaciones que se planteen deben estar previstas en una ley accesible para el individuo y que las consecuencias de su aplicación sean previsibles[71].

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la modalidad de ley que requiere adoptar una norma que regule la cesión de datos personales para destinar los mismos a otra finalidad distinta y sin consentimiento del interesado, expresando al efecto que «de acuerdo con el art. 53.1 CE, el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo, del título I, solo podrá regularse por ley, por lo que hay que deducir que, si bien los límites al derecho a consentir la cesión de datos para fines distintos para los que fueron recabados está sometido a reserva de ley»[72].

Sentado lo anterior, resulta necesario acudir al ordenamiento nacional para verificar la existencia de una norma que avale y legitime la comunicación de datos personales de terceros que un responsable o particular pueda efectuar a un órgano judicial para la tramitación de un proceso penal. Lo cierto es que, hasta la derogación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal., existía en esta un precepto específico que facultaba a los responsables para ceder datos personales a un órgano judicial, sin consentimiento del titular, cuando la finalidad radicara en el ejercicio de las funciones que por ley se le atribuyen. Este elemento normativo suponía, en toda regla, una habilitación legal y específica para la entrega de datos de terceros que permitiría colmar las exigencias planteadas por el RGPD.

De hecho, la Agencia Española de Protección de Datos[73] y la jurisprudencia[74] consideraron a este precepto como suficiente para legitimar la cesión de datos a un órgano judicial. Nos referimos al hoy derogado art. 11.2.d), que expresaba: «1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para

69. En la STC 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 15.º), el Tribunal Constitucional ya señaló al respecto que «aun teniendo un fundamento constitucional, las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley "pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación", pues "la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción"; "al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla"».

70. SSTC 11/1981, de 8 de abril (F.J. 15.º); 142/1993, de 22 de abril (F.J. 4.º); y 341/1993, de 18 de noviembre (F.J. 7.º).

71. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de marzo de 1985 (asunto X e Y *vs*. Países Bajos); de 26 de marzo de 1987 (asunto Leander *vs*. Suecia); de 7 de julio de 1989 (asunto Gaskin *vs*. Reino Unido) y de 25 de febrero de 1993 (asunto Funke *vs*. Francia).

72. STC 139/2016, de 21 de julio de 2016 (F. J. 13º).

73. Resoluciones de la AEPD de 18 septiembre de 2009 y de 21 septiembre de 2007, que con un contenido similar expresaban que «la aportación de la documentación con la que el correspondiente perito ha elaborado su informe, tanto a la demandante, como a los tribunales, existiría una habilitación legal para la comunicación de datos sin consentimiento, en base a la aplicabilidad del artículo 11.2 de la LOPD, como de la LEC. Además, hemos de recordar la aplicabilidad del principio del derecho a la tutela judicial efectiva y a la utilización por las partes de los medios de prueba que estimen oportunos, que se encuentra recogido en la propia constitución y que jurisprudencialmente ha recibido una valoración que determina su prevalencia sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal».

74. La sentencia AN de 26 noviembre 2008 ha avalado las cesiones de datos producidas en virtud de este precepto, al considerar la preponderancia del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal. Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de fecha 5 de septiembre de 2005, posteriormente avalada por la STS (Sala 3.ª) 1106/2012, de 27 de febrero, consideró que «A la vista de estos preceptos, el legislador ha creado un sistema en que el derecho a la protección de datos de carácter personal cede en aquellos supuestos en que el propio legislador (constitucional u ordinario) haya considerado la existencia de motivos razonados y fundados que justifiquen la necesidad del tratamiento de los datos, incorporando dichos supuestos a normas de, al menos, el mismo rango que la que regula la materia protegida. En efecto, la exigibilidad del consentimiento del oponente para el tratamiento de sus datos supondría dejar a disposición de aquél el almacenamiento de la información necesaria para que el denunciante pueda ejercer, en plenitud, su derecho a la tutela judicial efectiva Así, la falta de estos datos o su comunicación a la contraparte, puede implicar, lógicamente, una merma en la posibilidad de aportación por el interesado de "los medios de prueba pertinentes para su defensa", vulnerándose otra de las garantías derivadas del citado derecho a la tutela efectiva y coartándose la posibilidad de obtener el pleno desenvolvimiento de este derecho. En consecuencia, la comunicación de los datos del denunciante al citado Tribunal se encontraba amparada por el citado artículo 11.2.d) de la LOPD».

el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. 2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: (…) d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los jueces o tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas (…)».

Dada la derogación de la norma que albergaba el precitado precepto, debemos comprobar si el legislador ha previsto una base legal alternativa que sirva de soporte a las cesiones de datos que puedan producirse entre un responsable del tratamiento y un órgano judicial penal. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2021 en los preceptos encargados de regular el marco jurídico del derecho a la protección de datos Ley Orgánica del Poder Judicial, la habilitación genérica, para cualquier orden jurisdiccional, podría entenderse ubicada hoy día en el tercero de los apartados del art. 236 *ter* de la LOPJ[75]. Este expresa textualmente que «No será necesario el consentimiento del interesado para que se proceda al tratamiento de los datos personales en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, ya sean éstos facilitados por las partes o recabados a solicitud de los órganos competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas procesales para la validez de la prueba». Como puede comprobarse de su lectura, el precepto avala de modo indirecto la comunicación de datos personales que se produce entre un responsable o particular y un órgano judicial para su uso con fines jurisdiccionales. Si bien, es cierto que, sin distinguir si los datos pertenecen a la aportante o a un tercero, cabe entender implícitamente que la autorización abarca a ambos, dada la condición de responsable o encargado del tratamiento que se presupone como destinatario de la ley y la distinción que efectúa entre interesado y parte aportante. De este modo, aunque sería deseable un precepto que autorizara expresamente a un responsable o particular a entregar datos personales de terceros con fines de defensa o por el interés común de reprimir la criminalidad a través del buen fin del proceso penal, lo cierto es que puede entenderse colmado el requisito de exigencia de ley formal, de calidad y accesible con los preceptos vigentes hoy día, que deben, a su vez, integrarse con el art. 118 de la CE respecto a los supuestos en que la cesión traiga consecuencia de un requerimiento judicial.

Asimismo, no se pueden obviar otros supuestos específicos que se localizan en ciertos sectores del ordenamiento jurídico, en los que la ley habilita, o incluso obliga, expresamente a terceros sujetos públicos o privados para ceder datos personales a un órgano judicial para su uso con fines penales. Son supuestos que, por las circunstancias cuantitativas y/o cualitativas del tratamiento y de los datos, han merecido una atención específica del legislador. Habitualmente nos situaremos ante datos que, por su naturaleza, disponen de una importante capacidad para revelar aspectos íntimos y reservados de la vida de las personas o que son conservados expresamente con fines preventivos del delito. Por tanto, requieren de unas condiciones de tratamiento y cesión mucho más estrictas que las que pudieran exigirse de un responsable del tratamiento ordinario. Recordemos el art. 95.1.a) de la LGT respecto a los datos de trascendencia tributaria, que autoriza su cesión cuando sean necesarios para «La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada». El art. 77.1.a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respecto a los datos obrantes en los ficheros de todos los organismos de la Seguridad Social. El art. 6 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, respecto a los datos de comunicaciones electrónicas conservados para fines penales. O el art. 43.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo respecto de la cesión de los datos contenidos en los Ficheros de Titularidades Financieras para la investigación exclusiva de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. En cualquier caso, para las cesiones de datos que se producen mediante requerimiento judicial, nos topamos con el art. 7 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, que, regulando el deber de colaboración de los ciudadanos, sirve como cláusula legal habilitante suficiente para cubrir tales supuestos.

## 2. Juicio de proporcionalidad de la medida

El segundo de los requisitos que debe cumplir la medida legal que habilite a la cesión de datos de un tercero a un órgano judicial para su tratamiento con alguno de los fines de naturaleza penal que se enumeran en el art. 1 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, puede concretarse en la superación del juicio de proporcionalidad, en tanto en cuanto nos hallamos ante una medida legislativa restrictiva de un derecho fundamental. Este presupuesto debemos analizarlo desde dos puntos de vista. En primer lugar, en abstracto, como proporcionalidad de la medida legal que

75. Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 26 de octubre de 2017 que aprueba el Informe Complementario sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, pág. 5.

avala la cesión de datos sin consentimiento. Y la segunda, desde el punto de vista material de aplicación, es decir, desde su perspectiva práctica.

Para poder avalar la legitimidad de la injerencia, la medida deberá respetar en lo esencial al derecho en el que se produce la lesión y, además, debe ser necesaria y proporcionada para la salvaguarda de otros derechos o intereses legítimos. Pues, como ha considerado la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Constitución no impide al legislador proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos constitucionalmente. Es decir, habilita a este para que pueda establecer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, con la condición de que estas encuentren justificación en la protección o salvaguarda de otros derechos e intereses[76] y, además, sean proporcionadas al fin perseguido[77].

Debemos traer a colación, una vez más, la jurisprudencia del TC en la que se concreta al núcleo del derecho a la protección de datos, que identifica con «un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos[78]».

Por tanto, se integran en su núcleo los derechos del interesado a consentir el tratamiento de sus datos por un responsable y a obtener información sobre su identidad y los usos a los que van a ser destinados, pudiendo en cualquier momento oponerse al mantenimiento de la posesión. Extendiéndose dichas facultades no únicamente respecto del responsable que recogió los datos inicialmente, sino también a los eventuales cesionarios a los que los datos pudieran haber sido comunicados[79]. De modo que puede considerarse al derecho a la protección de datos como un derecho que faculta a la persona para controlar el flujo de su información personal y para oponerse a que sus datos sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención[80]. Y ello con respecto a todos los datos personales, con independencia de que se refieran a los ámbitos más íntimos y reservados de la vida privada o no.

De lo expuesto, puede colegirse que se comprende en el núcleo duro del derecho a la autodeterminación informativa la facultad de consentir la cesión de datos a terceros para su empleo con nuevos fines. Interpretación que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, incluso teniendo en cuenta los principales convenios internacionales en la materia, como son el art. 8 de la CDFUE y el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981, de conformidad con el mandato dispuesto en el art. 10.2 de la CE[81].

Visto lo anterior, debemos continuar el análisis, mencionando que el derecho a la protección de datos no es absoluto y por tanto puede ser objeto de limitación. Así lo ha considerado la jurisprudencia constitucional y la procedente de los principales tribunales internacionales cuya doctrina es vinculante para nuestro Estado[82]. Y aunque Constitución no haya fijado directamente ningún límite específico a este derecho, éstos deben de hallarse, como en cualquier

76. SSTC 104/2000, de 13 de abril (F.J. 8.º); 27/1981, de 20 de julio (F.J. 10.º); 66/1985, de 23 de mayo (F.J. 1.º) y 108/1986, de 29 de julio (F.J. 18º.).

77. SSTC 11/1981, de 8 de abril (F.J. 5.º) y 196/1987, de 11 de diciembre (F.J. 6.º).

78. STC 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7.º).

79. Pues el Tribunal Constitucional ha declarado que las facultades del titular del derecho a la protección de datos consistentes en exigir del titular del fichero que le informe de los datos que trata, sus usos acceder a los registros «alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele». STC 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7.º).

80 SSTC 11/1998, de 12 de febrero (F.J. 5.º) y 94/1998, de 4 de mayo (F.J. 4.º).

81. En su STC 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 8.º) declaró sobre el Convenio 108 que «Ahora bien, aun habiendo llegado a esta conclusión no es ocioso señalar, de un lado, que el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de tales datos. Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando puedan ser compatibles con éstos, supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado».

82. En el plano nacional puede verse la STC 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 8.º). En el ámbito comunitario, el TJUE ha dictaminado que «El derecho a la protección de los datos de carácter personal no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe ser considerado en relación con su función en la sociedad». *Vid.* STJUE de 9 de noviembre de 2010 (asunto *Volker und Markus Schecke y Eifert*), apartado 48 y jurisprudencia citada.


ISSN: 2951-844X

otro caso, en los demás «derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, por mor del principio de unidad constitucional[83]». Habiendo reconocido expresamente el Tribunal Constitucional que, entre los bienes jurídicos que pueden prevalecer ante el derecho a la protección de datos, se sitúan algunos de los que entran en confrontación en los supuestos en que un responsable cede datos personales a un órgano judicial penal. Como pudieran ser el interés de la sociedad en investigar y reprimir las actuaciones delictivas[84], dado que, a través de ellos, se defienden otros intereses generales reconocidos en el plano constitucional, como son la paz social y la seguridad ciudadana, localizados en los arts. 10.1 y 104.1 de la CE[85]. Límites viables de este derecho que también han sido reconocidos por el TEDH, tras atender a lo dispuesto en el art. 9 del Convenio 108 de 1981. Por ejemplo, el tribunal se ha referido claramente a la seguridad del Estado en la sentencia de 26 de marzo de 1987 (asunto Leander *vs*. Suecia) y a la persecución de infracciones penales en las sentencias relativas a los casos de 25 de febrero de 1997 (asunto Z. *vs.* Finlandia) y de 25 de febrero de 1993 (asunto Funke *vs*. Francia).

Cierto es que, respecto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión a la garantía de utilización de pruebas pertinentes para la defensa, no existe un pronunciamiento constitucional que haya refrendado a este como un eventual límite del derecho a la protección de datos, aunque no por ello debe desecharse tal posibilidad, puesto que el Tribunal Constitucional ha declarado que «el apoderamiento legal que permita a un Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos», categoría en la que, evidentemente, se encuadran los derechos procesales señalados.

En todo caso, la doctrina de la AEPD[86] y una escasa, pero cierta jurisprudencia[87] han avalado este argumento. Responde, por tanto, esta medida legal a objetivos de interés general, tal y como exige igualmente el art. 52.1 de la CDFUE, puesto que persigue que los datos personales de los que disponga un tercero puedan ser utilizados con fines de investigación o enjuiciamiento criminal. También la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido a estos como intereses generales europeos, apoyándose, en primer lugar, en los derechos a la seguridad y libertad que se reconocen en el art. 6 de la CDFUE. Pues la lucha contra la delincuencia colabora para garantizar la seguridad pública[88] y, particularmente, la que tiene lugar contra el terrorismo internacional, para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales[89]. En último lugar, respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, no cabe duda de que se puede considerar un elemento de interés general para la Unión, habida cuenta de su reconocimiento como derecho fundamental autónomo en el art. 47.1 de la CDFUE y su función instrumental para la defensa de los demás derechos. Pero más allá de ello, el TJUE ha afirmado que constituye un objetivo legítimo de interés general no impedir la utilización de documentos en procedimientos judiciales, como dimensión de aquel derecho[90].

Ahora bien, según la doctrina constitucional, los límites que se impongan a los derechos fundamentales y libertades públicas deben de ser respetuosos con el contenido esencial del derecho restringido, ser necesarios para lograr la finalidad prevista y, en todo caso, proporcionados[91]. Canon también se establece, en términos más o menos similares, por el art. 52.1 de la CDFUE y el art. 8 del CEDH. Pues el primero exige que «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por ésta deberá ser establecida por la Ley, respetar su contenido esencial y dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones al ejercicio de esos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás[92]». Mientras, el segundo exige que «tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social impe-

83. SSTC 11/1981, de 8 de abril (F.J. 7.º); 196/1987, de 11 de diciembre (F.J. 6.º); y respecto del art. 18, la STC 110/1984, de 26 de noviembre (F.J. 5.º).

84. STC 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 8.º).

85. SSTC 166/1999, de 27 de septiembre (F.J. 2.º), y 127/2000, de 16 de mayo (F.J. 3.º).

86. Entre otros, el Informe Jurídico Gabinete Jurídico AEPD 0456/2015, el Informe 469/2011 de 30 de diciembre de 2011 y el Informe de 21 de febrero de 2001.

87. Sirvan de ejemplo la STS 1106/2012, de 12 de marzo de 2013 y la SAN 4691/2008, de 26 de noviembre.

88. STJUE de 23 de noviembre de 2010 (asunto Tsakouridis), apartados 46 y 47.

89. SSJUE de 3 de septiembre de 2008 (asunto *Kadi y Al Barakaat International Foundation vs.* Consejo y Comisión), apartado 363 y de 13 de noviembre de 2012 (asunto *Al-Aqsa vs*. Consejo), apartado 130.

90. Autos TJUE de 23 de octubre de 2002 (asunto Austria *vs*. Consejo), apartado 12; de 23 de marzo de 2007 (asunto *Stadtgemeinde Frohnleiten y Gemeindebetriebe Frohnleiten*), apartado 19, y de 29 de enero de 2009 (asunto *Donnici vs.* Parlamento), apartado 13.

91. SSTC 57/1994, de 28 de febrero (F. J. 6º); 18/1999, de 22 de febrero (F.J. 2.º).

92. STJUE de 15 de febrero de 2016 (asunto N**),** apartado 50.

riosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito»[93]. Y, más concretamente, respecto a la limitación del derecho a la protección de datos consistente en la realización de una cesión de datos sin que intervenga el consentimiento del titular, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado refiriéndose a ella como «Una facultad que sólo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por Ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites»[94].

Comprobada la necesariedad y proporcionalidad en abstracto de la medida restrictiva de derechos fundamentales, procede examinar el respeto a su contenido esencial. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, una medida no será respetuosa con el núcleo esencial de un derecho fundamental cuando este «qued[e] sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección[95]». Lo cierto es que es no puede deducirse que una medida como la analizada atente contra el núcleo fundamental del derecho a la protección de datos, pues el propio Tribunal Constitucional ha avalado la acomodación constitucional de este tipo de tratamiento. Desde el plano de la jurisprudencia del TJUE, también debe rechazarse tal posibilidad, toda vez que, como ya advirtió en la sentencia *Digital Rights Ireland* en relación a la cesión de datos de tráfico y localización a las autoridades penales, aunque la medida constituya una injerencia grave en el derecho a la protección de datos, la existencia de «principios de protección y de seguridad de los datos» y la obligación de adoptar medidas «medidas técnicas y organizativas adecuadas contra la destrucción accidental o ilícita de los datos y su pérdida o alteración accidental» impide apreciar tal circunstancia[96]. Cabe precisar que la Directiva 2016/680/UE —y por ende la Ley Orgánica 7/2021— establece como principio rector del tratamiento en su art. 4.1.f) al de seguridad, obligando a que los datos sean «tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidentales, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas adecuadas», debiendo además el responsable ser capaz de demostrar el cumplimiento de este principio[97].

Toca en último lugar analizar la proporcionalidad de la medida que impone una injerencia en un derecho fundamental, como último requisito necesario para avalar la validez de la norma. Juicio que debe basarse en la superación de los siguientes tres requisitos: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

Con relación a la idoneidad de esta medida legal limitativa del derecho a la protección de datos hay que señalar que los datos que un responsable del tratamiento conserva sobre terceras personas que hayan sido previamente recopilados con alguna otra finalidad legítima, pueden resultar indudablemente útiles para la investigación y enjuiciamiento de hechos de índole criminal. La importante casuística a la que puede cooperar es imposible de recopilar, pero habida cuenta del importante número de datos personales que se recopilan hoy día en las más variadas bases de datos mantenidas en la práctica totalidad de sectores de la vida económica y social, puede advertirse su potencial y heterogéneo provecho para ser utilizados como fuentes de prueba de cargo o descargo. Ello resulta más evidente aun, de la tendencia legislativa expansiva por la que se ha obligado *ex lege* a la creación y mantenimiento de distintas bases de datos específicas para su uso en el ámbito penal, con fines preventorios o de enjuiciamiento. Las conclusiones del Consejo de Justicia e Interior de la UE de 19 de diciembre de 2002 dan buena muestra de ello al expresar que «(…) la conservación de datos se ha acreditado como una herramienta de investigación necesaria y eficaz para aplicar la ley en diferentes Estados miembros, en particular en asuntos de gravedad como la delincuencia organizada y el terrorismo, es necesario garantizar que los datos conservados se pongan a disposición de las fuerzas y cuerpos de seguridad durante un determinado período de tiempo». Mientras, la STJUE de 8 de abril de 2014 (asunto *Digital Rights Ireland*) ya advirtió, específicamente en relación a los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas, que «considerados en su conjunto, pueden permitir extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relacio-

93. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de marzo de 1985 (caso X e Y vs. Holanda); de 26 de marzo de 1987 (asunto Leander vs. Suecia); de 7 de julio de 1989 (asunto Gaskin vs. Reino Unido); de 25 de febrero de 1993 (asunto Funke vs. Francia); de 25 de febrero de 1997 (asunto Z. vs. Finlandia).

94. STC 292/2000, de 30 de noviembre (F. J. 11º).

95. STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 8º).

96. STJUE de 8 de abril de 2015 (asunto Digital Rights Ireland), apartado 40.

97. Véase al respecto los artículos 30 y siguientes de la Directiva 2016/680/UE.

nes sociales y los medios sociales que frecuentan»[98], aunque dichas manifestaciones podrían ser perfectamente extrapolables a datos personales de otra naturaleza. Por tanto, puede estimarse que la cesión de datos personales de terceros a un órgano judicial sin el consentimiento del interesado encuentra justificación en su condición de instrumento valioso para la lucha contra la delincuencia y para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que encuentra justificación.

Datos personales que, en múltiples ocasiones, y cada vez en una proporción mayor, se muestran como únicas o principales fuentes probatorias para poder acreditar hechos y aspectos esenciales para el éxito de la incriminación o alternativamente para el descargo. Máxime si tenemos en cuenta el auge e incremento de las actividades delictivas que se llevan a cabo con apoyo en las tecnologías de la información y comunicación o en canales telemáticos, utilizando a estas algunos de ellos como medio para la impunidad. Es por ello por lo que la propia LECrim ha incorporado, a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, todo un potente marco jurídico específico para la creación y configuración de varias medidas de investigación tecnológica que permitan abordar la instrucción de una importante cantidad de hechos delictivos que presenten al menos un componente tecnológico. Ello demuestra la necesariedad de disponer en el ordenamiento jurídico de medidas que faciliten y legitimen la entrega de datos personales por terceros, especialmente para aquellos supuestos en que el responsable se identifica con la víctima o la acusación o cuando no sea viable acudir a las precitadas medidas de investigación tecnológica.

Finalmente, cabe apuntar a la proporcionalidad en sentido estricto del art. 236 *ter* 3 de la LOPJ como medida limitativa del derecho a la protección de datos. La importancia de los bienes jurídicos colectivos e individuales que entran en liza con el derecho a la protección de datos es indudable. La seguridad de la comunidad, la lucha contra la criminalidad y el derecho a la tutela judicial efectiva representan algunos de los valores constitucionales más destacables y apreciados por en la sociedad. Cierto es que también el derecho a la protección de datos es un derecho que en pleno siglo XXI y en la era del *big data* alcanza una trascendencia inmensa; sin embargo, ante supuestos de criminalidad, debe ceder. Máxime cuando, como hemos tenido oportunidad de mencionar con anterioridad, existen diversas normas, sustantivas o procesales que establecen regímenes específicos para la cesión de los datos que puedan resultar más íntimos para las personas o que revelan información sobre los aspectos más reservados de los individuos. Por tanto, esas normas ya contemplan un régimen más riguroso, que establece límites y condicionantes específicos más restrictivos, medidas de seguridad específicas y garantías para el interesado[99]. Sin embargo, sin que se pueda descartar que ciertos datos que puedan ser entregados por terceros, también puedan integrarse en alguno de estos campos, lo cierto, es que, en cualquier caso, quedará la actuación judicial para evitar que se produzca una situación anómala y desproporcionada, a través de la ponderación caso a caso de los derechos confrontados, teniendo en consideración elementos como el particular contexto, las expectativas de privacidad y el respeto a los principios rectores del tratamiento de datos.

Por todo lo expuesto, parece posible colegir que la medida legal que habilita a la cesión, supera en abstracto, el canon de necesariedad y proporcionalidad exigido por el art. 5.4 del RGPD en relación con el 23, de acuerdo con los parámetros planteados en la CDFUE, el Convenio 108 y el Tribunal Constitucional. Debiendo, en definitiva, el órgano judicial competente examinar *ad casum* la proporcionalidad de cada comunicación de datos personales efectuada por un responsable distinto del interesado de la que tengan la condición de destinatarios. Únicamente de este modo podrá cohonestarse la eficacia del proceso penal con la salvaguarda del derecho a la protección de datos de carácter personal de los ciudadanos.

# VII. BIBLIOGRAFÍA

Aneiros Pereira, «Las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales a cargo de determinados profesionales: una fuente de información tributaria» en *Revista técnica tributaria*, núm. 91, 2010, págs. 25-66.

Aparicio Salom, «La calidad de los datos» en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (Troncoso Reigada, Dir.), Civitas, Madrid, 2010, págs. 324-339.

98. STJUE 8 de abril de 2014 (asunto *Digital Rights Ireland*), apartado 27.

99. Se cumple con ello el margen de maniobra del Estado que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, será menor cuando el derecho de la persona sea crucial para el efectivo disfrute de derechos íntimos o esenciales, *vid*. STEDH 27 de mayo de 2004 (asunto Connors *vs*. Reino Unido), apartado 82. Gómez Álvarez, «La cesión de datos de carácter personal al proceso penal. En especial los datos relativos a la salud» en *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios* (Colomer Hernández, Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 632.

Colmenero Guerra, «La protección de datos en la Administración de Justicia» en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, 2016.

Colomer Hernández, «Uso y cesión de datos de las comunicaciones electrónicas para investigar delitos tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016» en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute (*Ruda González y Jerez Delgado, Coords.), Sepín, Las Rozas, 2018, págs. 767-781.

Murillo de la Cueva, «La protección de datos en la Administración de Justicia» en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 9, 2004, págs. 223-263.

Cabezudo Rodríguez, «Documentación judicial y protección de datos personales» en *La responsabilidad jurídica y social de los archiveros, bibliotecarios y documentalistas en la sociedad del conocimiento* (García Marco, Ed.), Prensas Universitarias Zaragoza, Zaragoza, 2008, pág. 109-132.

Cabezudo Rodríguez, «Datos personales e informaciones judiciales» en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17, 2009, págs. 1-33.

Garberi Llobregat, «Artículo 118 CE: La obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de jueces y tribunales» en *Diario La Ley*, núm. 9365, 2019,

Gómez Álvarez, «La cesión de datos de carácter personal al proceso penal. En especial los datos relativos a la salud» en *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios* (Colomer Hernández, Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 632.

Huerta Viesca, «Práctica y crítica de las obligaciones de las entidades de crédito respecto de sus clientes en prevención del blanqueo de capitales» en *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 117, 2010, págs. 117-140.

López Calvo, *Algunas cuestiones relevantes en protección de datos de carácter personal en Tribunales y Fiscalía tras el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD)*, Sepín, Las Rozas, 2019.

Messía de la Cerda Ballesteros, «La evolución del concepto de cesión o comunicación de datos personales» en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017, págs. 1-20.

Montoro Sánchez, «El tratamiento de los datos de tráfico y localización con fines penales: estudio de la situación actual» en *Uso y cesión de evidencias y datos personales entre procesos y procedimientos sancionadores o tributarios* (Colomer Hernández, Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 371-424.

Palma Ortigosa, «Principios relativos al tratamiento de datos personales» en *Protección de datos, responsabilidad activa técnicas de garantía* (Murga Fernández, Fernández Scagliusi y Espejo Lerdo de Tejada, Dirs.), Reus, Madrid, 2018, págs. 39-49.

Pérez Gil, «Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2018, págs. 223-248.

Pérez Gil, «Exclusiones probatorias por vulneración del derecho a la protección de datos personales en el proceso penal» en *Justicia* ¿Garantías *"versus" eficiencia?* (Jiménez Conde y Bellido Penadés, Dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 399-441.

Pérez Gil y González López, «La incorporación de datos personales automatizados al proceso en la propuesta de Código Procesal Penal (1)» en *Diario La Ley*, núm. 8217, 2013.

Puyol Montero, «Los principios del derecho a la protección de datos» en *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (Piñar Mañas, Dir.), Reus, Madrid, 2016, pág. 140, págs. 135-150.

Rodríguez Lainz, «Sobre la previsible incidencia de la cuestión prejudicial C-207/16 en la definitiva defenestración del régimen legal español sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones» en *Diario La Ley*, núm. 9273, 2018, pág. 4.

Troncoso Reigada, «El principio de calidad de los datos» en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (Troncoso Reigada, Dir.), Civitas, Madrid, 2010, págs. 340-396.

# EL USO POLICIAL DE LA FUERZA DURANTE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE MANIFESTACIÓN

«The police use of force at the demonstration right's exercise»

**Antonio Dorado Sánchez**
Abogado y politólogo, Asociado Principal en Cuatrecasas. Doctorando en el programa de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Rey Juan Carlos y profesor de Derecho Constitucional en el Instituto Superior de Derecho y Economía.
antonio.dorsan@gmail.com

**Recibido el 5 de julio de 2024; aceptado el 5 de julio de 2024.**

**Palabras clave:** derecho de manifestación, proporcionalidad, actuación policial, uso de la fuerza policial, limitación de derechos fundamentales;
**Keywords:** right of demonstration, proportionality, police action, police use of force, fundamental rights limitation.

**Resumen:** El desarrollo normativo y jurisprudencial del derecho de manifestación recogido en el artículo 21 de la CE, así como el avance del Estado de Derecho en nuestro país, ha ido obligando al legislador a ir promulgando sucesivas leyes de seguridad ciudadanas en el sentido de precisar y delimitar las actuaciones que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden desarrollar en este ámbito. Con ello, se ha diseñado un marco jurídico cada vez más garantista del derecho de los manifestantes frente cualquier otra incomodidad que la propia manifestación pudiera entrañar.

Sin embargo, este esfuerzo normativo y jurisprudencial no se ha visto acompañado del desarrollo de unas pautas claras y sistematizadas a nivel interno mediante un protocolo de actuación que recoja todo ese acervo legal. En este artículo se analizarán los mencionados desarrollos legales y doctrinales para apuntar las bases de lo que podría suponer una regulación de la materia.

**Abstract:** The case law and the legal framework evolution of the demonstration right contained in the art 21 CE as well as Spanish's Rule of Law development, have forced the legislator to issue civil security laws to specify and limit the State Law Enforcement Officers' actions on this issue. Leading to a better juridical frame of the demonstrator's right against any uncomfortable situation while demonstrating.

However, this jurisprudential and law effort did not come along with clear and standardised internal acting protocol's guidelines containing all its legal repertory. This paper will thus study the aforementioned legal and doctrinal developments to point out the basis of what can derive into its formal regulation.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Recientemente ha vuelto a la opinión pública el debate siempre recurrente del alcance, presupuestos e intensidad del uso legítimo de la fuerza física por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado («**FCSE**») durante el ejercicio por parte de los ciudadanos del derecho de manifestación consagrado en el artículo 21 de la Constitución Española («**CE**»)[1].

1. Artículo 21 Constitución Española de 1978: «*1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes*».

Nos encontramos, qué duda cabe, ante un debate que puede ser analizado desde múltiples puntos de vista y en el que, desde luego, no caben generalizaciones ni intentar concluir la fórmula mágica que permita conocer exactamente cómo reaccionar ante cualquier situación, pues cada caso presentará una casuística y condiciones diferentes. Cada convocatoria, cada comportamiento humano y cada acción policial tienen detrás una compleja red de condicionantes subjetivos, que van desde la posible provocación personal a los agentes de la autoridad, hasta la apreciación por parte de estos de la concurrencia de los presupuestos habilitantes para su disolución.

No obstante, en toda esta madeja de percepciones y casuísticas, subyacen siempre dos cuestiones en permanente tensión: por un lado, el legítimo ejercicio del uso del derecho fundamental a la libertad de manifestación, su alcance y límites y, por otro, la facultad legalmente atribuida a las FCSE de actuar para garantizar el orden público y la seguridad ciudadana[2]. Esta tensión queda resumida en la propia misión que el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad («**LOFCSE**») encomienda a las FCSE y que sirve de justificación para todas sus atribuciones: «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones (…)».

Sin embargo, la pretendida armonía entre ambas facetas de la misión que dicho artículo encomienda a las FCSE —la defensa de los derechos fundamentales y el mantenimiento de la seguridad ciudadana— dista mucho de gozar de una convivencia pacífica en el ámbito del derecho de manifestación. De hecho, cada vez más podemos encontrar en los medios de comunicación voces discrepantes entres quienes piensan que en caso de que una manifestación comience a presentar signos de tensión que puedan desembocar en desórdenes públicos debe primar la seguridad ciudadana, y aquellos que creen que debe garantizarse en todo momento la libertad de los concurrentes a ejercer su legítimo derecho de manifestación. Con ello, no son pocas las voces que en los últimos años están abogando de manera creciente por una delimitación más precisa de los presupuestos habilitantes para las cargas policiales ante la propagación por internet de imágenes de diversas manifestaciones con finales violentos.

En definitiva, nos encontramos ante un conflicto no solo en permanente tensión sino de plena actualidad[3]. En este sentido, el Informe anual del Defensor del Pueblo de 2019 destaca la evolución constante tanto de las quejas relativas a malos tratos policiales como por el incorrecto trato por parte de estos:

**Fuente: elaboración propia a partir de datos oficiales**[4]

2. Artículos 11 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
3. Gran polémica se suscitó a nivel nacional con la difusión de las imágenes de las intervenciones policiales en el dispositivo desplegado el 1 de octubre de 2017 para impedir el pretendido referéndum de independencia de Cataluña (como ejemplo, véase: «*Un juez investiga a 67 policías por las cargas del 1 de octubre*» disponible online en https://www.metropoliabierta.com/informacion-municipal/sucesos/juez-policias-cargas-1-octubre-referendum_31604_102.html) o más recientemente, antes las imágenes de las cargas policiales en las calles de Linares, Jaén, en el contexto de las protestas vecinales surgidas a raíz de la detención de dos policías que agredieron a un padre y a su hija de 14 años en un terraza, (como ejemplo, véase el siguiente titular «*Qué barbaridad»: las duras imágenes de las cargas policiales en Linares por las protestas contra la agresión de dos agentes a un hombre y su hija*», disponible online en https://www.publico.es/tremending/2021/02/14/que-barbaridad-las-duras-imagenes-de-las-cargas-policiales-en-linares-por-las-protestas-contra-la-agresion-de-dos-agentes-a-un-hombre-y-su-hija/).
4. Defensor del Pueblo. *Informe Defensor del Pueblo 2019, Volumen I. Informe de gestión*. Madrid: Edita, Defensor del Pueblo, 2020, p 123

**Fuente: elaboración propia a partir de datos oficiales**[5]

Concretamente, sobre el tema que nos ocupa, el mencionado informe destaca que:

> «Hay un debate social sobre la concreción de lo correcto en cuanto a la «proporcionalidad en el uso de la fuerza», no tanto cuando se ejerce pacíficamente el derecho de manifestación, sino cuando, a su vez, los ciudadanos ejercen resistencia pasiva o violencia activa ante una actuación legal de la policía. Baste pensar en los sucesos de Cataluña de la semana del 14 de octubre de 2019, en los que hubo una mayoría de manifestantes pacíficos y una minoría de manifestantes violentos.
>
> El Defensor del Pueblo considera necesario que exista un protocolo de actuación del uso de la fuerza principalmente en manifestaciones y concentraciones de personas en la vía pública, en el cual se proporcione a los funcionarios de policía, principalmente a los que formen parte de las Unidades de Intervención Policial, instrucciones claras y precisas sobre la manera y las circunstancias en las cuales deben hacer uso tanto de la fuerza como de las armas reglamentarias y de los materiales antidisturbios, a fin de reforzar la seguridad jurídica de los agentes y de los ciudadanos. Una Recomendación en este sentido del Defensor del Pueblo fue rechazada por la Secretaría de Estado de Seguridad hace años (expediente 12037602). Al mismo tiempo, establecer o, en su caso, reforzar una «fase de juicio crítico de las actuaciones policiales en concentraciones o manifestaciones de riesgo», con el fin de evaluar lo acontecido y mejorar, en su caso, las prácticas, como recomendó el Defensor del Pueblo también hace tiempo (informe anual 2016)».

Estas líneas del Informe del Defensor del Pueblo recogen a la perfección el problema que hemos apuntado y que trataremos en las siguientes páginas: la eterna búsqueda del equilibrio entre seguridad ciudadana y ejercicio de los derechos fundamentales.

Para realizar una aproximación a esta cuestión hemos de partir, precisamente, del análisis separado y preciso de ambos elementos; por un lado, el alcance y límites del ejercicio del derecho de manifestación y, por otro, el de las potestades de intervención de las FCSE para garantizar la seguridad ciudadana. Siguiendo este itinerario llegaremos, finalmente, al análisis de la más reciente jurisprudencia sobre la materia que nos permita tener una visión de conjunto sobre los retos de futuro que aguardan a esta cuestión.

## II. EL DERECHO A LA LIBRE MANIFESTACIÓN, NATURALEZA Y CONTENIDO

No todos los derechos fundamentales tienen la misma finalidad ni el mismo origen. Por ello, no todos pueden ni deben ser protegidos de la misma forma. Existen derechos, —los llamados derechos-libertad, (también llamadas

5. Defensor del Pueblo. Ref. 4, p. 123.

«libertades públicas») — que son garantizados simplemente con que el Estado se abstenga de perturbarlos y asegure que ningún tercero lo haga. Eso ocurre, por ejemplo, con la libertad de conciencia o la libertad de expresión. Frente a estos, existen otros derechos, —los llamados prestacionales— que solo adquieren su máxima eficacia si obtienen una alta implicación del poder público. Así como ocurre, por ejemplo, con el derecho a recibir una educación pública.

Partiendo de esa categorización, —punto de arranque casi unánime en la doctrina[6]— los derechos de reunión y manifestación se encuadrarían dentro de ese primer grupo de libertades públicas, o «libertades-límite», tal y como las llamó Duverger[7] (1962: 210). Estas libertades requieren una actitud negativa o abstencionista por parte de terceros y, especialmente, del poder público siendo que cuanto menos se perturbe el ejercicio de este derecho, más y mayor protección se estará dando al mismo.

Sin embargo, esta clasificación primaria resulta insuficiente para explicar por sí misma toda la fenomenología de los derechos fundamentales, rica en matices y perspectivas. Un estudio detenido de los mismos nos muestra que garantizarlos no implica siempre el ejercicio de la misma actividad por parte del poder público incluso si se clasifican en una misma categoría. Esto ocurre porque hay derechos que tienen una naturaleza híbrida o que, simplemente son —como veremos que ocurre con el derecho de manifestación— el instrumento para el ejercicio de otros derechos. Por lo tanto, es necesario analizar cada derecho, con su naturaleza y contenido esencial, para saber cuándo estamos ante una auténtica vulneración de este y hasta donde pueden llegar los poderes públicos a la hora de garantizar su goce pacífico en convivencia con el resto de libertades.

La cuestión de la clasificación de los derechos —más allá de esa primaria distinción entre libertades públicas y derechos prestacionales— no es sencilla ni ha sido pacífica en la doctrina. Los derechos y, en concreto los fundamentales, pueden ser analizados desde tantos puntos de vista y perspectivas como se quiera, no siendo posible establecer una categorización universalmente válida para estos. Jellinek[8] clasificaba los derechos según la relación que estos entrañan entre el Estado y el ciudadano. Otros autores proponen para cada país una clasificación normativa de los derechos en función del nivel de protección constitucional que, en cada momento, la constitución política aplicable establezca. Pero sin duda, la forma más visual y sustancial de clasificar los derechos es en clave finalista, esto es, atendiendo al **ámbito** de protección al que responden.

Sin embargo, nos encontramos una vez más con la dificultad de que un mismo derecho pueda ser enfocado desde distintas perspectivas también en cuanto a su finalidad por lo que aquí, nuevamente, la doctrina tampoco ha establecido una sistemática unánime, existiendo prácticamente tantas clasificaciones como autores han reflexionado sobre la materia.

Alzaga[9], por ejemplo, acoge esta metodología y distingue entre (i) derechos y libertades de **ámbito** personal, como el derecho a la vida, la integridad personal, la igualdad, o la integridad personal; (ii) derechos y libertades de la esfera privada de la persona, como el derecho a la integridad, al honor y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, o las libertades de circulación y residencia; (iii) los derechos políticos, como el derecho de acceso a los cargos públicos; (iv) las libertades económicas, como el derecho a la propiedad; (v) los derechos sociales, como la libertad sindical y, por **último** (vi) las libertades públicas, como la libertad de expresión, y donde este autor encuadra el derecho a la libre reunión y manifestación.

Torres del Moral[10], por su parte, distingue cuatro grupos: derechos civiles individuales, libertades públicas, derechos políticos y derechos de prestación, encuadrando esta vez al derecho de manifestación dentro de la categoría de derechos políticos. López Guerra[11] y García Morillo[12] optan por distinguir entre derechos puramente políticos —básicamente los de reunión y asociación— y aquellos que denominan «derechos de participación política», como el derecho de sufragio o de acceso a funciones públicas. Montilla Martos[13], por **último,** engloba bajo un mismo

6. Así lo hace, por ejemplo, Pérez Tremps (Perez Tremps, Pablo, «Los derechos fundamentales». En López Guerra, Luis et al. *Derecho Constitucional Vol. I El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 132).
7. Duverger, Maurice: *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona: Ed. Ariel, 1962, p. 210.
8. Jellinek, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.ª ed. Tubinga, 1905, p. 86.
9. Alzaga Villaamil, Óscar. *Derecho Político español según la Constitución de 1978. Vol. II. Derechos fundamentales y Órganos del Estado.* Madrid: Ed. Ramon Areces, 2008, pp. 49-50.
10. Torres del Moral, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional español.* Madrid: Átomo Ediciones, 1985, p. 205.
11. López Guerra, Luís. «Derechos de participación política». En López Guerra, Luis et al. *Derecho Constitucional Vol. I El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 303.
12. García Morillo, Joaquín. «Los derechos políticos: el derecho de reunión; el derecho asociación». En López Guerra, Luis et al. *Derecho Constitucional Vol. I El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 279.
13. Montilla Martos, José Antonio. «Los derechos políticos». En Balaguer Callejón, Francisco et al. *Introducción al Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2015, p. 495.

paraguas al derecho de reunión, al de asociación y al de participación llamándolos a todos, simplemente, «derechos políticos» definidos por un elemento común: constituir un cauce para la paulatina participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.

Independientemente de todas estas teorías y sistematizaciones, de lo que no podemos dudar es de que los derechos de reunión y manifestación son derechos políticos en la más amplia acepción del término. Son derechos que, por llevar inherentes las cualidades definitorias antes nombradas, son la expresión directa de uno de los valores superiores del ordenamiento constitucional; el pluralismo político (art. 1.1 de la CE) y son requisitos indispensables para dar veracidad al carácter democrático con que el Estado español se autodefine en dicho artículo.

Sin embargo, —y aquí es donde aparece la complejidad de la cuestión— el derecho de manifestación no es solo un derecho político que por sí mismo implique el participar de los asuntos públicos. La libertad de manifestación es, al mismo tiempo, un gran contenedor de otros muchos derechos que se ejercen simultáneamente y donde el hecho de estar reunidos en manifestación no es sino el instrumento para ejercitarlos. Así, el Tribunal Constitucional ha enfatizado en varias de sus sentencias[14] que esta libertad es una afirmación colectiva de la libertad de expresión, ejercida a través de una asociación transitoria de personas. Estamos, por tanto, como señala Torres Muro[15], ante un derecho individual en cuanto a su titularidad y colectivo en cuanto a su ejercicio[16] que opera a modo de técnica instrumental al servicio de otros muchos derechos.

Pero al margen de su carácter instrumental —cuestión sobre la que más adelante volveremos—, la libertad de manifestación es, sin duda, un derecho político autónomo y con un contenido propio reconocido por el artículo 21 de la Constitución y que podría ser resumido, como señala Aguiar De Luque[17] como el derecho de reunión «en movimiento». Así, es la propia Constitución la que trata ambos conceptos de manera conjunta y no distingue entre reunión y manifestación propiamente dichas, sino entre reunión en lugar cerrado y reunión en lugar de tránsito público.

En cuanto a sus elementos configuradores, Torres Muro[18] recuerda que la opinión mayoritaria (opinión ratificada en las primeras sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho de manifestación, STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2) distingue los cuatro siguientes: (i) el subjetivo: la agrupación humana que conforma la manifestación; (ii) el temporal: su carácter efímero; (iii) el finalista: la licitud de su finalidad; y (iv) el real u objetivo: el lugar donde se celebra, el espacio público.

Más claro, sin embargo, nos parece el desglose de Montilla Martos[19] que apunta a los siguientes cuatro rasgos del derecho de manifestación que lo cualifican frente al mero derecho de reunión:

a) Concertación: es el elemento subjetivo del que Torres Muro hablaba, pero considerado ahora desde el punto de vista volitivo. No basta con la mera agrupación humana, no cualquier aglomeración humana fruto del azar puede considerarse una manifestación. Resulta claro que una aglomeración a las puertas de un centro comercial o el exceso de personas en una calle comercial no puede incluirse en el ejercicio de este derecho. Para ello, hará falta una previa convocatoria a la que estas personas hayan decidido acudir voluntaria y conscientemente.
b) Temporalidad: una manifestación es un acto puntual y no estable, con una duración determinada que entraña una hora de arranque y un momento en el que la misma termina. Este hecho lo distingue del ejercicio de otros derechos como el de asociación o el de libre sindicación, lo que no quita que asociaciones o sindicatos puedan desarrollar sus acciones por medio de manifestaciones, aunque sea con carácter recurrente. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que nada impide realizar múltiples manifestaciones con un **único** objeto (STC 24/2015, de 16 de febrero) aunque sí ocupar indefinida o prolongadamente en exceso un mismo espacio de una manera que se ponga en peligro los bienes y derechos que a las autoridades corresponda proteger (SSTC 284/2005, de 7 de noviembre y 193/2011, de 12 de diciembre).
c) Número: el desarrollo normativo de este derecho ha establecido el número mínimo de 20 personas para que una reunión concertada en el espacio público y con la finalidad que le es propia a este derecho, pueda ser

14. Sentencia 85/1988 de 28 de abril, FJ2, reiterado más tarde por las SSTC 66/1995, de 8 de mayo y 195/2003, de 27 de octubre.
15. Torres Muro, Ignacio, «Comentario al artículo 21 de la Constitución Española», en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española, XXX aniversario.* Madrid: Ed. Wolters Kluwer. 2008, p. 529.
16. En este mismo sentido, se pronuncian las SSTC núm. 18/1981, de 8 de junio (FJ 4), 36/1982, de 16 de junio (FJ 6), 115/1987, de 7 de julio (FJ 2), 85/1988, de 28 de abril, (FJ 2y 3) que delimitan los elementos configuradores de este derecho fundamental y que coinciden con los que comentaremos a continuación.
17. Aguiar de Luque, Luis. «Derechos de reunión y manifestación» en ARAGÓN REYES, Manuel et al. *Derechos Fundamentales y su protección, Temas Básicos de derecho Constitucional. Tomo III*, Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011, p. 224.
18. Torres Muro, ref. 15, p. 529.
19. Montilla Martos, ref. 13, pp. 416-497.

reconocida como manifestación a los efectos de la protección del artículo 21 de la CE. Al respecto, autores como Torres Del Moral[20] se encuentran inflexibles ante esta delimitación numérica, señalando que «hay que entender que el resto son privadas, se celebren donde se celebren y con cualquier finalidad, a no ser que, por otras condiciones constituyan una de las modalidades de regulación específica». Por el contrario, Montilla Martos[21] se encuentra más receptivo a la teoría de relativizar este requisito o exigencia, poniendo el acento en que atravesamos «tiempos de escasa participación ciudadana y limitado espíritu reivindicativo». En cualquier caso, resultaría paradójico que una manifestación convocada con arreglo a las exigencias legalmente establecidas y que cuente con una participación de 20 personas fuera perdiendo o ganando protección constitucional dependiendo de si, por momentos y durante el transcurso de esta, pasa a tener 19 o 21 manifestantes.

d) Finalidad: toda manifestación, para que sea tomada como tal, debe tener una finalidad que trascienda la de ser una mera aglomeración humana. Por ello, no podemos entender que nos hallamos ante una manifestación si un grupo de personas, aunque tengan una voluntad de reunirse, lo hagan con un objetivo distinto al de ejercer este derecho[22] o con una finalidad ilícita. De esta manera, parece evidente que un grupo de jóvenes concentrados voluntariamente para realizar un «botellón» no pueden acogerse al derecho de manifestación para no ser molestados por las FCSE por más que superen la veintena de participantes y no incurran en ninguna de las causas de ilicitud contempladas en el artículo 21 de la CE.

En cualquier caso, todos estos elementos son recogidos de una u otra forma y desarrollados por la norma que se ha encargado de desarrollar este derecho fundamental, la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, (en adelante, **«LODR»**) que en su artículo 1.2 señala que «se entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada».

Por otro lado, y como venimos diciendo, el acto físico de manifestarse implica, *per se*, el ejercicio de otro buen número de derechos fundamentales como podrían ser el de la libertad de asociación (art. 22 de la CE), la libertad de expresión y difusión de ideas (art. 20 de la CE), el derecho a la libre circulación (art. 19 de la CE), el derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23 de la CE) e incluso, eventualmente, otros derechos como los derechos de huelga o sindicales. Así lo especifica también una consolidada jurisprudencia[23] del Tribunal Constitucional al señalar que:

> «(…) el derecho de reunión cuando se ejercita en lugares de tránsito público es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo».

Por ello, cualquier regulación, restricción o represión que pueda llegar a efectuarse sobre este derecho es susceptible de interferir con el disfrute de otras tantas libertades, por lo que tales acciones han sido expresamente acotadas en el texto constitucional. En otras palabras; cuando se reprime una manifestación no solamente se está reprimiendo el derecho a realizar una «reunión en movimiento», se está limitando —como mínimo— el derecho a la libertad de expresión, la libertad de circulación y el derecho de participación en los asuntos públicos. Por tanto, no deben extrañarnos las múltiples cautelas con las que, tanto la Constitución, como el desarrollo legislativo y jurisprudencial han tratado este asunto.

Así, resulta lógico que ya desde sus primeras sentencias[24], el Tribunal Constitucional venga recordando que nos encontramos ante un derecho que forma parte de aquellos que, según el art. 10 de la Constitución, son el fundamento del orden político y de la paz social. Por ello, cualquier limitación que se realice al respecto debe derivar directamente de los supuestos directamente tasados en la propia Constitución y, dado que este derecho deriva del principio de libertad, deberá acreditarse, caso por caso, que se han sobrepasado los límites constitucionalmente aceptados para su ejercicio. A la cuestión de los límites de este derecho, pasamos a ocuparnos.

20. Torres del Moral, ref. 10, p. 237.
21. Montilla Martos, ref. 13, pp. 497.
22. Finalidad que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ. 2) podemos fijar en: «el intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones».
23. En el mismo sentido, las SSTC 55/1988, de 28 de abril, FJ 2; o la 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3.
24. Por ejemplo, en la STC 101/1985, de 4 de octubre, FJ 3º.


ISSN: 2951-844X

# III. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE MANIFESTACIÓN, EN CONCRETO, LA ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO CON PELIGRO PARA LAS PERSONAS O BIENES

La cuestión de la limitación de los derechos fundamentales ha sido extensamente tratada por la doctrina y la jurisprudencia especializada. Así, ya en 1973, años antes de la redacción de nuestra Constitución, uno de sus padres, el profesor Peces Barba[25] teorizaba con gran acierto sobre esta cuestión afirmando que, al igual que todos los derechos subjetivos tienen límites, los derechos fundamentales también, y los límites de estos **últimos** podrían ser bien intrínsecos, (derivados del propio sentido o función que tenga ese derecho) o extrínsecos (que derivan de la sociedad y de los demás sujetos de derecho que coexisten en ella). Así las cosas, el Tribunal Constitucional dejó claro desde sus primeras sentencias (STC 36/1982, de 16 de junio) que el «el derecho reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado».

En este sentido, la posterior STC 59/1990, de 29 de marzo (F.J. 5.º y 6.º**)** recordó que, si bien por un lado el artículo 21 de la CE al reconocer el derecho de reunión precisa que no estará sujeto a autorización previa y lo condiciona tan solo a que sea pacífica y sin armas, por otro lado, en relación con las reuniones «en movimiento» —esto es, las manifestaciones— la Constitución sí establece el específico límite de la comunicación previa, pero solo habilita a la Administración a prohibirlas «cuando existan razones fundadas de alteración del orden público» exigiendo, además, que dicha alteración lo sea «con peligro para personas y bienes», por lo que no puede entenderse, como veremos, que la mera alteración pueda dar lugar *per se* a la intervención policial sobre la manifestación si no se constata este peligro. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha insistido[26] en que estos límites han de interpretarse de manera restrictiva, dada la especial importancia que este derecho fundamental entraña.

Cohonestando estas dos realidades, podemos concluir, con Torres Muro[27], la existencia de los siguientes límites al ejercicio del derecho de manifestación:

a) Que sea pacífica y sin armas: este límite, se encuentra enunciado en el 21.1 de la CE en relación con las reuniones en general, por lo que ha de tenerse expresamente aplicable a las mismas tanto cuando sean estáticas como cuando se produzcan en movimiento, esto es, a las manifestaciones.
b) Los límites penales: rige aquí, señala el citado autor, el principio de que «nadie tiene derecho a ejecutar en reunión aquello que no podría hacerse fuera de ella», por ello, el artículo 513 del Código Penal señala expresamente que: «Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración: 1.º Las que se celebren con el fin de cometer algún delito. 2.º Aquéllas a las que concurran personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso»[28].
c) La comunicación previa a la autoridad competente: límite este propio de las manifestaciones (artículo 21.2 de la CE) y en el que no nos detendremos más por no ser el objeto del presente estudio.
d) El conflicto con otros derechos: este potencial conflicto se da, fundamentalmente, con el de libre circulación (art. 19 de la CE), sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sido claro[29] a la hora de afirmar que la vía pública no está concebida **únicamente** para el tráfico de vehículos rodados y el paseo de los ciudadanos sino que también es un lugar pensado para ser el escenario donde se celebran manifestaciones, desfiles, funerales y tantos otros acontecimientos políticos y, por tanto, su uso deberá compaginar y permitir ordenadamente todas estas actividades. En este sentido, y en relación con el concreto supuesto del tráfico, la STC 66/1995, de 8 de mayo[30] vino a teorizar sobre los peligros indirectos de las manifestaciones, señalando que «sólo en supuestos muy concretos podrá concluirse que la afectación del tráfico conlleva una alteración del orden público con peligro para personas o bienes». En concreto, termina concluyendo que:

25. Peces Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales I. Teoría General*. Madrid: Guadiana Publicaciones, 1973, p. 137.
26. Así se señala en las SSTC 170/2008, de 15 de diciembre, 37/2009, de 9 de febrero y 38/2009, de 9 de febrero, entre otras.
27. Torres Muro, ref. 15, pp. 531-536.
28. Mención aparte merece el específico caso de las manifestaciones ante las sedes del Congreso, del Senado o de una Asamblea Legislativa de comunidad autónoma, cuando estén reunidas, alterando su normal funcionamiento, tipificadas en el artículo 494 del Código Penal.
29. Por todas, citaremos la STC 66/1995, de 8 de mayo, (F.J., 3.º).
30. El mismo sentido se pronuncia la STC 42/2000, de 14 de febrero.

> *«(…) para poder prohibir la concentración deberá producirse la obstrucción total de vías de circulación que, por el volumen de tráfico que soportan y por las características de la zona —normalmente centros neurálgicos de grandes ciudades—, provoquen colapsos circulatorios en los que, durante un período de tiempo prolongado, queden inmovilizados vehículos y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios de la ciudad por imposibilidad de que la autoridad gubernativa habilite vías alternativas de circulación. En estos supuestos de colapso circulatorio con inmovilización e imposibilidad de acceso a determinadas zonas por inexistencia de vías alternativas, como se dijo en la citada STC 59/1990, puede resultar afectado el orden público con peligro para personas o bienes si, por ejemplo, resulta imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes, como son los servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas».*

e) La alteración del orden público, con peligro para las personas o bienes: nos encontramos aquí con uno de los límites que van a resultar determinantes para determinar la licitud de la intervención de las Administraciones públicas en cualquier manifestación, razón por la cual nos detendremos en su estudio pormenorizado.

La cuestión del orden público ya es advertida por Peces Barba[31] como un límite genérico al ejercicio de todos los derechos consistiendo, señala este autor, «en la limitación de un derecho por razones de tranquilidad, seguridad o salubridad pública». La siguiente cuestión residirá, por tanto, en precisar de manera concreta en qué consiste este límite y bajo qué circunstancias cabe invocarlo ya que, como señaló el padre constituyente, «para asegurar que el límite del orden público no se exceda en la regulación de las libertades públicas, haciéndolas ilusorias» es necesario (i) que la organización general del país sea democrática; (ii) que la limitación por cuestión de orden público esté expresamente definida por ley; (iii) que la competencia de las autoridades administrativas y, especialmente, de las FCSE esté, en esta materia, acotada y limitada por las leyes; y que, parafraseando a Burdeau, (iv) toda medida policial que se aplique al respecto deba ser, «necesaria, eficaz y razonable o proporcionada al desorden que se pretende evitar». Se trata, en definitiva, como señaló Loewenstein[32] de evitar la arbitrariedad que convierta la excusa del orden público en un poder discrecional de la autoridad, sino de garantizar la proporcionalidad y el que la decisión de la autoridad estará, en **última** instancia sometida al control judicial que velará por mantener el equilibrio entre la protección de las libertades y el interés público.

Por tanto, los motivos de orden público que se pretendan alegar para limitar el derecho de reunión no pueden basarse en la mera alteración del mismo, ya que toda manifestación, por el simple hecho de producirse, altera la normal vida cotidiana de una ciudad, sino que se requiere, a su vez, la presencia de ese «peligro para personas y bienes» al que ya hemos aludido.

El Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos 3.º y 5.º de la mencionada STC 66/1995, de 8 de mayo, precisa que deben existir «razones fundadas» para la alteración de ese orden público, sin que baste la mera sospecha o potencialidad. Se necesita, por tanto, «que quien adopta esta decisión debe poseer datos objetivos suficientes, derivados de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, a partir de los que cualquier persona en una situación normal pueda llegar racionalmente a la conclusión, a través de un proceso lógico basado en criterios de experiencia, que la concentración producirá con toda certeza el referido desorden público».

En segundo lugar, en cuanto al referido peligro para la integridad de personas o bienes, el Tribunal Constitucional acierta al señalar que «ese peligro no es sinónimo de utilización de la violencia sobre personas o cosas por parte de quienes participan en las concentraciones. Las reuniones no pacíficas –y así deben considerarse cabalmente a aquellas en las que los participantes llevan a cabo actos violentos– ya resultan excluidas del derecho de reunión por el primer párrafo de este precepto». Por lo que, señala Torres Muro[33], el derecho a la libertad de manifestación debe prevalecer si esos posibles daños pueden evitarse con el refuerzo de las unidades policiales destinadas a estar presente en la manifestación o, como apunta la STC 66/1995, de 8 de mayo, si pueden sugerirse las modificaciones necesarias que permitan el ejercicio de este derecho, por ejemplo un cambio de hora o de trayecto ya que estas circunstancias han venido siendo consideradas por el propio Tribunal Constitucional como «adjetivas» que no alteran el contenido esencial del derecho, salvo en circunstancias excepcionales[34].

31. Peces Barba, ref. 25, p. 32.
32. Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Barcelona: Ariel, 1970, p. 397.
33. Torres Muro, ref. 15, pp. 538.
34. Vid. Las SSTC 96/2010, de 15 de noviembre o 163/2006, de 22 de mayo.

# IV. LA SUSPENSIÓN Y DISOLUCIÓN DE MANIFESTACIONES POR PARTE DE LAS FCSE

Hasta ahora hemos analizado los diferentes escenarios que pueden darse con carácter previo a la realización del propio acto de la manifestación, para así entender la importancia de este derecho y la posición del **ámbito** de actuación de los poderes públicos respecto a su ejercicio. Ahora, sin embargo, nos centraremos en un plano distinto: el momento en el que ya ha comenzado la manifestación y la autoridad gubernativa interviene en la misma por medio de las FCSE ordenando la suspensión o la disolución de la manifestación.

## 1. Presupuestos legales

El presupuesto básico de la actuación de intervención policial durante el desarrollo de manifestaciones lo encontramos en el artículo 5 de la LODR, que señala lo siguiente:

> «La autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:
> a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales.
> b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.
> c) Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.
> d) Cuando fueran organizadas por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil infringiendo las limitaciones impuestas en el art. 13 de la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en el art. 8 de la LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.
> Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista».

Fuera de estas circunstancias, no se puede proceder a la disolución coercitiva como pudo observarse, señala Montilla Martos[35], con motivo de las concentraciones del 15M en la Puerta del Sol de Madrid, así como en otras ciudades de España.

El primero de los supuestos tiene su razón de ser en la ilegalidad propia de la manifestación de acuerdo con las leyes penales y el segundo es la reproducción literal del límite constitucional ya comentado. La razón de ser de la intervención policial es, por tanto, similar en los casos descritos: la manifestación que se realiza bajo tales circunstancias está excluida del **ámbito** de protección de este derecho fundamental por lo que no merece ser calificada como tal, habilitándose a la autoridad gubernamental a intervenir suspendiendo y disolviendo dicha reunión ilícita.

Los apartados c y d, por su parte, tienen una fundamentación distinta. El primero de ellos, resulta de total coherencia con el artículo siguiente de la Constitución, el 22, que en su punto 5 prohíbe «las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar». Por tanto, existe en la Constitución un rechazo de plano a este tipo de asociaciones, pareciendo lógico que su «asociación informal», en modo de convocatoria y ejercicio de derecho de manifestación, también se halle reprimida. Por su parte, el apartado d —el de más reciente incorporación, por medio de la disposición final 6 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre— permite la disolución de aquellas manifestaciones en las que miembros de miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil participen, por ejemplo, vistiendo el uniforme reglamentario, o portando armas. Todo ello en aras de garantizar el deber de neutralidad que ambos cuerpos deben mantener.

## 2. Delimitación legal de la actuación policial en la disolución de manifestaciones: el uso proporcional de la fuerza.

Una vez expuestos los motivos por los que se puede proceder a disolver una manifestación, debemos centrarnos en cómo ha de procederse, con arreglo a la ley y a la jurisprudencia constitucional, a dicha disolución por parte de las FCSE presentes en la misma.

35. Montilla Martos, ref. 13, pp. 501.

Desde la entrada en vigor de la actual Constitución, el ejercicio del derecho de manifestación recogido en su artículo 21 ha convivido con tres leyes distintas de seguridad ciudadana, en las que se ha ido observando una clara evolución tendente a limitar y matizar los supuestos y los métodos en los que las FCSE pueden intervenir físicamente para disolver una manifestación.

La primera de ellas, la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, («**LOP**») vigente hasta 1992, preveía en su artículo 14[36] un sistema —de nefasto recuerdo, como apunta Torres Muro[37]— consistente en la intimación por tres veces consecutivas a los manifestantes, «con intervalos de tiempo suficiente» entre estas intimaciones que, por otro lado, se reducirían a una sola cuando la manifestación revista carácter tumultuario e incluso podría prescindirse de esta «cuando hubiere sido atacada la fuerza por los manifestantes». Esta ley previó incluso los supuestos en los que cabía el uso de las armas de fuego contra los manifestantes, lo que podría realizarse «en el caso en que los perturbadores disparasen contra la fuerza pública, o los manifestantes se produjeran con armas».

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana («**LOPSC 1992**») vino, a través de sus artículos 16 y 17[38], a establecer un nuevo parámetro de actuación policial más acorde con el espíritu de la LODR, aprobada una década antes, y más garantista con el ejercicio del derecho. La primera novedad que encontramos es que esta ley omite en todo momento hablar del uso de armas de fuego para disolver manifestaciones. En segundo lugar, se mantiene la obligatoriedad del previo aviso para disolver las manifestaciones, salvo en casos de se produzcan alteraciones de la seguridad ciudadana con armas o con otros medios de acción violenta. En todo caso, se establece el principio general de que las FCSE deberán proteger la celebración de manifestaciones y que, en caso de tener que disolverse, se habrá de realizar siempre «en la forma que menos perjudique».

En 2015 se aprobó la vigente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana («**LOPSC 2015**») —recientemente afectada por la STC 13/2021, de 28 de enero, que, sin embargo, no alteró el artículo 23 de la misma—, donde se regula el procedimiento de actuación de las FCSE en las manifestaciones[39]. Dicho artículo viene a fusionar y reformular lo contenido en los artículos 16 y 17 de la anterior norma, estableciendo lo siguiente:

> «1. Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana.
>
> Asimismo podrán acordar la disolución de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

36. **Art. 14:** *Uno. Cualquier reunión ilegal o manifestación no autorizada o que se desarrolle fuera de los límites o condiciones permitidos por la Autoridad, podrá ser disuelta por las fuerzas encargadas del mantenimiento del orden. Antes de proceder a ello, deberán intimar por tres veces consecutivas a los reunidos o manifestantes, con intervalos de tiempo suficiente.*
*Dos. Cuando la manifestación revista carácter tumultuario, háyase o no autorizado aquélla legalmente, bastará un solo toque de atención para que proceda la fuerza pública a disolverla. No será necesaria tal intimación cuando hubiere sido atacada la fuerza por los manifestantes; pero no cabrá hacer fuego contra los perturbadores, aun cuando persistan en su actitud de resistencia, sin haber dado antes un toque de atención, salvo el caso en que los perturbadores disparasen contra la fuerza pública, o los manifestantes se produjeran con armas.*
37. Torres Muro, ref. 15, pp. 537.
38. **Artículo 16: 1.** *Las autoridades a las que se refiere la presente Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones o manifestaciones y de espectáculos públicos, procurando que no se perturbe la seguridad ciudadana. Sin embargo, podrán suspender los espectáculos y disponer el desalojo de los locales y el cierre provisional de los establecimientos públicos mientras no existan otros medios para evitar las alteraciones graves de la seguridad que se estuvieren produciendo.* **2.** *Dichas autoridades, por medio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán disolver, en la forma que menos perjudique, las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones, en los supuestos prevenidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías.*
**Artículo 17: 1.** *Antes de llevar a efecto las medidas a que se refieren los artículos anteriores, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas. 2. En el caso de que se produzcan alteraciones de la seguridad ciudadana con armas o con otros medios de acción violenta, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos, sin necesidad de previo aviso. 3. En los casos a que se refieren los artículos anteriores, los empleados de empresas privadas de vigilancia y seguridad, si los hubiere, deberán colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, respecto del interior de los locales o establecimientos en que prestaren servicio.*
39. Esta intervención se realizará, como resulta lógico, por parte de la autoridad competente sin previa autorización judicial. La intervención por parte de jueces y magistrados se producirá, en todo caso, a posteriori, si la decisión administrativa es finalmente recurrida judicialmente, de conformidad con las reglas generales enunciadas por el artículo 4 de la LOPSC 2015.


ISSN: 2951-844X

También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías.

2. Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso.

3. Antes de adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas, pudiendo hacerlo de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible.

En caso de que se produzca una alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos sin necesidad de previo aviso».

Como vemos, la nueva redacción parece abordar el problema mostrando una mayor preocupación por la racionalización del uso de la fuerza e introduciendo por primera vez conceptos como la proporcionalidad o la actuación gradual a la hora de llevar a cabo la intervención policial descrita.

En efecto, tal y como proclama la exposición de motivos de la Ley, «La relación de estas potestades de policía de seguridad es análoga a la contenida en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, si bien, en garantía de los derechos de los ciudadanos que puedan verse afectados por su legítimo ejercicio por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se perfilan con mayor precisión los presupuestos habilitantes y las condiciones y requisitos de su ejercicio, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional».

De esta forma, el régimen legal vigente de actuación policial para la disolución de manifestaciones queda configurado de la siguiente manera:

a) Debe partir de los supuestos expresamente enunciados en la LODR, que son los habilitadores de la intervención y los que dotan de constitucionalidad a la medida, tal y como ha recordado recientemente el Tribunal Constitucional, en su STC 172/2020, de 19 de noviembre (F.J. 6) reiterando los dos supuestos que tradicionalmente ha considerado como habilitadores de la disolución: (i) que los participantes hayan transgredido los límites del derecho de reunión o que (ii) no hayan cumplido con el deber previo de comunicación[40].
b) Debe realizarse con uso gradual de la fuerza y proporcional a las circunstancias concurrentes: toda intervención que se realice por parte de los FCSE no puede estandarizarse, sino que, independientemente de la legalidad o ilegalidad de los hechos que estén presenciando, deberá realizarse proporcional y gradualmente. De esta forma, no será igual el uso de la fuerza policial cuando la causa de disolución de esta sea la presencia de grupos con uniformes paramilitares desfilando pacíficamente por una vía pública que cuando una manifestación ha devenido violenta y ha comenzado a ocasionar graves alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.
c) Debe ser el **último** de los recursos: esta declaración —introducida por el apartado segundo del artículo 23— implica, por supuesto, que los agentes cumplan con lo establecido en el apartado siguiente en cuanto al preaviso de la actuación, pero deja también la puerta abierta a la posibilidad de que se empleen otro tipo de recursos para tratar de mantener la manifestación como podría ser el invitar a que abandonen la misma a las personas que porten uniformes paramilitares o el tratar de detener los primeros conatos de violencia de una manifestación antes de que la disolución sea valorada como **única** alternativa para garantizar el orden público.
d) Se debe realizar con un preaviso a las personas afectadas: dicho preaviso parece configurarse, a diferencia de lo que ocurría en regulaciones anteriores, como un acto revestido de cierto rigorismo, ya que la verbalización de dicho preaviso parece presentarse en esta ocasión como una excepción a la regla general —«pudiendo hacerlo de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible»—.
e) Solo en casos extremos y tasados, podrá disolverse una manifestación sin necesidad de previo aviso: en regulaciones anteriores, como vimos, la posibilidad de eliminar el previo aviso se ha contemplado en nuestra legislación «*cuando hubiere sido atacada la fuerza por los manifestantes*» (art. 14 de la LOP) o «*en el caso de que se produzcan alteraciones de la seguridad ciudadana con armas o con otros medios de acción violenta*» (art. 17 LOPSC 1992). En esta ocasión, la LOPSC 2015 realiza una regulación en un sentido similar a sus predecesoras aunque algo más exhaustiva de los supuestos en los que puede prescindirse del preaviso: «*en caso de que se produzca una alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos*».

40. Por todas, podemos citar la STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2.

f) En todo caso, esta intervención debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la LOPSC 2015 que establece que toda actuación policial que se realice en el marco del ejercicio del derecho de manifestación debe aplicarse del modo más favorable a la plena efectividad de ese derecho fundamental, y de acuerdo con los principios de «*legalidad, igualdad de trato y no discriminación, oportunidad, proporcionalidad, eficacia, eficiencia y responsabilidad, y se someterá al control administrativo y jurisdiccional*».

En resumen, podríamos concluir que la actuación policial en el marco del ejercicio del derecho de manifestación se estructura en torno a los conceptos de: (i) defensa prioritaria del ejercicio del derecho ejercido por parte de los ciudadanos; (ii) neutralidad política y (ii) proporcionalidad.

El primero de los condicionantes deriva directamente de la importancia del propio derecho de manifestación, configurado en palabras del Tribunal Constitucional como una libertad «*intensamente vinculada con el pluralismo político*»[41] que acaba por erigirse como «*condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático*»[42], razón por la cual cuando la ley y la jurisprudencia constitucional ha realizado un ejercicio de ponderación de intereses en juego tradicionalmente se ha venido decantando por la prevalencia, hasta donde sea posible, del mantenimiento del ejercicio de este derecho.

Por su parte —y aunque no podemos desvincularlos del motivo apenas expuesto—, la proporcionalidad y la neutralidad política son dos de los principios generales de actuación de las FCSE en el ejercicio de sus competencias que se ve ahora enfatizado por la especial trascendencia del derecho protegido.

En efecto, el propio artículo 4.2 LOPSC 2015 hace una remisión expresa al artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad[43], donde se establecen los principios básicos de actuación de las FCSE entre las que, entre otras, se cuentan (1) el ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; (2) Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión; (3) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral; (4) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance; y (5) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

Todas estas consideraciones, junto con las precisiones jurisprudenciales que veremos, delimitan la actuación policial tanto a la hora de velar por el normal desarrollo de una manifestación como, llegado el caso, a la hora de proceder a su disolución. Sin embargo, las obligaciones legales relacionadas con la actuación de las FCSE en el marco de una manifestación no acaban con estas consideraciones, ya que hemos de considerar al mismo tiempo las previsiones legales sobre la defensa del ejercicio del derecho de manifestación que aplican a cualquier funcionario público.

## 3. Otros deberes y obligaciones legales de los servidores públicos en el marco del ejercicio del derecho de manifestación.

En efecto, las obligaciones de las FCSE, en tanto funcionarios públicos, no terminan con las obligaciones que hemos expuesto hasta ahora. Existe toda una serie de previsiones penales que previenen a todos los servidores públicos para que respeten y faciliten de forma activa el ejercicio por parte de la ciudadanía de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

41. STC 172/2020, de 19 de noviembre. FJ. 6º

42. STC 170/2008, de 15 de diciembre. FJ. 4º

43. A esta regulación puede añadirse, también, la regulación sectorial y las normas de régimen interno de cada cuerpo interviniente. Así, por ejemplo, el artículo 7.4 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil establece, entre las «*reglas de comportamiento del guardia civil*» el ejercicio de la proporcionalidad en el ejercicio de sus competencias y primando «*la persuasión y fuerza moral*» como vía principal de actuación: «*4. Hará un empleo legítimo de la fuerza, con un uso gradual y proporcionado de la misma, siendo la persuasión y la fuerza moral sus primeras armas. Se regirá, en todo caso, por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance*».

En concreto podemos citar los siguientes:

a) En primer lugar, la obligación genérica del ya citado artículo 23 LOPSC 2015 que establece, en su apartado primero, un deber de colaboración activa con el desarrollo del libre ejercicio del derecho de manifestación señalando que «*Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana*».
b) Por su parte, el Código Penal[44], en su artículo 540 prescribe la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de cuatro a ocho años y multa de seis a nueve meses para «*la autoridad o funcionario público que prohíba una reunión pacífica o la disuelva fuera de los casos expresamente permitidos por las Leyes*»[45]. Esta previsión legal alcanza a cualquier funcionario público que pueda ser subsumido en el tipo y, por tanto, también a los miembros de las FCSE que puedan ser identificados realizando dichas acciones durante el transcurso de una manifestación.
c) Por último, pero no por ello menos importante, podemos resaltar que a nivel administrativo, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público reconoce, en su artículo 32 y siguientes, el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran «*en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*». Este precepto, que opera independientemente del reproche penal al funcionario del que hablamos en el apartado anterior, ha sido aplicado por la jurisprudencia[46] como aplicable a los casos de responsabilidad por el uso desproporcionado de la fuerza por parte de miembros de las FCSE durante el transcurso de manifestaciones.

# V. EL USO DE LA FUERZA POLICIAL DURANTE LAS MANIFESTACIONES: DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL

Una vez revisados los presupuestos de actuación de las FCSE en el ámbito del ejercicio del derecho de manifestación, dedicaremos unas líneas a exponer el tratamiento jurisprudencial que han tenido los principios y pautas de actuación que hasta ahora hemos analizado.

a) Con relación a los principios de »*proporcionalidad de la intervención, racionalidad de la actuación y justificación de los medios concretamente empleados para llevarla a cabo*» el Tribunal Supremo[47] ha venido repitiendo la importancia del respeto a los mismos «*especialmente cuando se producen o son previsibles enfrentamientos con personas, con el consiguiente riesgo para la vida e integridad física, que tienen un valor absoluto y prevalente sobre la necesidad de proteger bienes o valores de inferior rango*» añadiendo que estos principios tienen su fundamento, precisamente, en el respeto a los derechos fundamentales de las personas.
b) En cuanto a su aplicación práctica, la jurisprudencia viene exigiendo que la actuación policial en el marco de una manifestación se ciña estrictamente al ámbito de los objetivos que legitiman su actuación llegando a calificar (SAN de 27 de marzo de 2019 FJ 3º), en consecuencia, como «*no proporcionada a las circunstancias*», una carga policial destinada a la retirada de una pancarta portada por los manifestantes al considerar que dicha actuación «*no va dirigida a impedir, evitar, controla una actitud de alteración de orden público, sino que claramente va dirigida a golpear con la porra la pancarta*».

44. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
45. Esta regulación fue completada, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por el apartado 4 del artículo 514 que amplía el reproche penal de la obstrucción al ejercicio de este derecho fundamental a cualquier ciudadano, señalando que: «*Los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años si los hechos se realizaran con violencia, y con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses si se cometieren mediante vías de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo*».
46. Entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 27 de marzo de 2019.
47. Entre otras, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 9 de junio de 1998, y en el mismo sentido, la de la misma Sala y Tribunal, de 2 de marzo de 1995.

c) Como elemento a valorar para determinar si el uso de la fuerza ejercida por los efectivos policiales ha sido o no proporcional, también son tenidas en cuentas determinadas circunstancias personales concurrentes en el momento de la carga policial como el número de efectivos policiales presentes, la fortaleza física y edad de los manifestantes, las consignas que estos gritan, así como el tiempo efectivo que la carga emplea para disolver efectivamente la manifestación[48]. En otros pronunciamientos judiciales[49] se ha considerado el hecho de que la policía no se cubra con casco ni extreme sus medidas de autoprotección como elemento indiciario de la poca peligrosidad objetiva que la manifestación revestía.
d) Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 22 de abril de 1994, FJ 5º) ha declarado que existe por parte de los manifestantes el deber jurídico de soportar el daño causado por una carga policial cuando el lesionado se ha arriesgado a participar en una manifestación ilegal y violenta[50].
e) Sin embargo, el daño causado sí será antijurídico cuando la respuesta o reacción de las Fuerzas de Orden Público resulta desproporcionada en medios y modos, atendidas las circunstancias. (STS de 7 de octubre de 1995).

# VI. PRINCIPALES CONCLUSIONES Y RETOS DE FUTURO

A lo largo de este estudio se ha analizado tanto la naturaleza y límites del derecho fundamental de manifestación recogido en el artículo 21 de la Constitución como los presupuestos habilitadores del ejercicio legítimo del uso de la fuerza física por parte de las FCSE durante el ejercicio del mismo.

Como hemos visto, el desarrollo normativo del artículo 21 de la CE así como el avance del Estado de Derecho en nuestro país, ha ido obligando al legislador a ir dictando sucesivas leyes de seguridad ciudadanas en el sentido de precisar y delimitar las actuaciones policiales en este ámbito, diseñando con ello un marco jurídico cada vez más garantista y en el que se prima, por encima de todo, el derecho de los manifestantes frente cualquier otra incomodidad que la propia manifestación pudiera entrañar[51].

En paralelo, la jurisprudencia ha remado siempre en esta misma dirección. Por un lado, la constitucional, recordando la importancia capital que el ejercicio de este derecho entraña para el mantenimiento de una sociedad plural y democrática y, la ordinaria entrando a valorar la variadísima casuística que esta cuestión entraña determinando,

48. En este sentido, la citada SAN de 27 de marzo de 2019, señaló que en el caso concurrente, la avanzada edad de los manifestantes, así como la inocuidad de sus proclamas no podían haber hecho prever a las FCSE presentes que hubiera un peligro racional y evidente que justificara la carga policial, algo que se vio corroborado —señala la Sentencia— por el hecho de que la manifestación fuera finalmente disuelta en menos de un minuto desde el inicio de la carga, lo que evidencia el carácter poco hostil de la misma. En este sentido, tampoco se considera como elemento suficiente para determinar que una manifestación reviste «carácter violento» el hecho de que varios manifestantes discutiera, gritara e incluso insultara a los policías presentes.

49. En efecto, la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Valladolid, dictada en el procedimiento abreviado número 355/2016 declara que: «*Y un último apunte en relación con la carga policial improvisada. Los agentes han insistido en la "enorme tensión" previa a la carga, la animosidad violenta contra ellos, el peligro de orden público, y sin embargo, proceden a cargar contra los manifestantes sin casco, es decir, no debían presumir demasiada resistencia ni peligro cuando ni ellos mismos consideraron extremar sus propias medidas de seguridad, y lo que es más grave, teniendo órdenes de dirigir los golpes de sus defensas reglamentarias de cintura para abajo, el agente no identificado pero que con mayor saña golpea a diestro y siniestro muestra una especial predilección por golpear a los manifestantes en la mitad superior del cuerpo y en la cabeza, incrementando las consecuencias lesivas de su comportamiento*».

50. En el mismo sentido se pronuncian las STS 1 de julio de 1995 (recurso de casación 2029/92, FJ 6), 27 de noviembre del año 2000 (recurso 6589/1.996) y 31 de enero de 2003 (casación 9060/98).

51. Marco que ha debido ser recientemente reinterpretado por la jurisdicción a raíz de la pandemia provocada por la COVID-19. Así, si bien el Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma no incluyó limitaciones al ejercicio del derecho de manifestación, la aplicación de toda la doctrina constitucional estudiada en el presente escrito, así como la posibilidad recogida en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio de «*Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos*», llevó a la jurisprudencia a tener que realizar una labor de cohonestadora de los intereses en juego a fin de poder proteger este derecho sin suspenderlo. En este sentido, la Sentencia 151/2020, de 30 de abril, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Aragón (Sección Primera) precisó que no cabe la prohibición sin más de las manifestaciones aun en circunstancias de pandemia, señalando, en su Fundamento Jurídico 5, que: «*debe explicar la Administración al prohibir la manifestación en cuestión, más allá de invocar de manera genérica la necesidad de combatir la pandemia, es en qué medida, en el caso concreto, limitada la participación a sesenta personas y todos ellos en vehículos individuales, puede suponer un riesgo objetivo y cierto de contagio y propagación de la enfermedad y esto es lo que no hace*».

caso por caso, en qué supuestos y bajo qué circunstancias, puede considerarse traspasadas las líneas que la legislación y que el Tribunal Constitucional han ido marcando durante las últimas décadas.

Sin embargo, y tal y como vimos que recordaba el Defensor del Pueblo en su informe de 2019, no existe un protocolo policial que recoja lo más relevante de esta doctrina para sistematizar y regular de una vez por todas los límites de la actuación policial y los criterios que han de seguirse ante cada situación.

En este sentido, cabe destacar que ya existen diferentes protocolos de actuación policiales, por ejemplo, en materia de delitos de odio[52] o para la protección de las víctimas de violencia de género[53]. Pues bien, un protocolo en el ámbito que nos ocupa proporcionaría no pocas ventajas: en primer lugar, para los propios efectivos de las FCSE, ya que facilitaría su labor al tener por fin una certeza sobre su actuación, pudiendo regirse por un protocolo claro y respaldado con la jurisprudencia existente sobre la materia, pudiendo así tener pleno conocimiento sobre bajo qué circunstancias y con qué intensidad poder intervenir. En segundo lugar, para la transparencia de las FCSE, ya que la existencia del protocolo facilitaría la labor de depuración, tanto interna como —llegado el caso— a nivel judicial, de responsabilidades en caso de producirse una extralimitación en el cumplimiento de los límites a la actuación policial tolerada por nuestro Derecho. Y, por último, para todo el conjunto de la sociedad ya que con la aprobación de un protocolo se podría, si no poner fin, sí relativizar y racionalizar el eterno debate sobre la actuación policial en cada una de las manifestaciones, pudiendo conocer previamente también el manifestante y la opinión pública bajo qué circunstancias las FCSE pueden intervenir y disolver la manifestación, aportando claridad al debate público sobre la cuestión.

Se trata, en definitiva, de un camino que habremos de transitar en los próximos tiempos una vez que doctrina, jurisprudencia y marco normativo se hallan lo suficientemente maduros como para poder concluir de los mismos una serie de reglas y pautas generalizadas con que poder protocolizarse la actuación policial durante el ejercicio del derecho a la manifestación.

# VII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

## 1. Bibliografía

Aguiar de Luque, Luis. «Derechos de reunión y manifestación» en ARAGÓN REYES, Manuel et al. *Derechos Fundamentales y su protección, Temas Básicos de derecho Constitucional. Tomo III*, Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011. (pp. 223-226)

Alzaga Villaamil, Óscar. *Derecho Político español según la Constitución de 1978. Vol II. Derechos fundamentales y Órganos del Estado.* Madrid: Ed. Ramon Areces, 2008.

Duverger, Maurice: *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona: Ed. Ariel, 1962

García Morillo, Joaquín. «Los derechos políticos: el derecho de reunión; el derecho asociación». En López Guerra, Luis et al. *Derecho Constitucional Vol. I El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. (pp. 279-301).

Defensor del Pueblo. *Informe Defensor del Pueblo 2019, Volumen I. Informe de gestión*. Madrid: Edita, Defensor del Pueblo, 2020.

Jellinek, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed. Tubinga, 1905.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Barcelona: Ariel, 1970.

52. Vid. http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/PROTOCOLO+ACTUACION/99ef64e5-e062-4634-8e58-503a3039761b recuperado el 20 de abril de 2021.
53. Vid. https://web.bizkaia.eus/documents/880299/7136100/actuacion.pdf/63b5a5f8-df78-3048-4b6d-eda38dc0c16c?t=1604912564453 recuperado el 20 de abril de 2021.

López Guerra, Luís. «Derechos de participación política». En López Guerra, Luis et al. *Derecho Constitucional Vol. I El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. (pp. 303-317).

Montilla Martos, José Antonio. «Los derechos políticos». En Balaguer Callejón, Francisco et al. *Introducción al Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2015. (pp. 495-530)

Peces Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales I. Teoria General*. Madrid: Guadiana Publicaciones, 1973.

Perez Tremps, Pablo, «Los derechos fundamentales». En López Guerra, Luis et al. *Derecho Constitucional Vol. I El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. (pp. 128-144).

Torres del Moral, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional español.* Madrid: Átomo Ediciones, 1985

Torres Muro, Ignacio, «Comentario al artículo 21 de la Constitución Española», en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española, XXX aniversario.* Madrid: Ed. Wolters Kluwer. 2008. (pp. 528-539).

## 2. Jurisprudencia

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 36/1982, de 16 de junio (BOE núm. 169, de 16 de julio de 1982) ECLI:ES:TC:1982:36

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 101/1985, de 4 de octubre (BOE núm. 265, de 05 de noviembre de 1985) ECLI:ES:TC:1985:101, FJ 3º

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 85/1988, de 28 de abril (BOE núm. 128, de 28 de mayo de 1988) ECLI:ES:TC:1988:85

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 59/1990, de 29 de marzo (BOE núm. 107, de 04 de mayo de 1990) ECLI:ES:TC:1990:59

España. Tribunal Supremo, (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª). Sentencia de 22 abril de 1994, Rec. 3197/1991.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 66/1995, de 8 de mayo (FJ 3) (BOE núm. 140, de 13 de junio de 1995) ECLI:ES:TC:1995:66

España. Tribunal Supremo, (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª). Sentencia de 7 de octubre de 1995, Rec. 878/1993.

España. Tribunal Supremo, (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª.). Sentencia de 9 de junio de 1998, Rec. 1397/1994.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 42/2000, de 14 de febrero (BOE núm. 66, de 17 de marzo de 2000) ECLI:ES:TC:2000:42.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 284/2005, de 7 de noviembre (BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 2005) ECLI:ES:TC:2005:284.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 163/2006, de 22 de mayo (BOE núm. 148, de 22 de junio de 2006) ECLI:ES:TC:2006:163.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 170/2008, de 15 de diciembre (BOE núm. 8, de 09 de enero de 2009) ECLI:ES:TC:2008:170.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 37/2009, de 9 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2009) ECLI:ES:TC:2009:37.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 38/2009, de 9 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2009) ECLI:ES:TC:2009:38.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 96/2010, de 15 de noviembre (BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010) ECLI:ES:TC:2010:96.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 193/2011, de 12 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012) ECLI:ES:TC:2011:193.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 24/2015, de 16 de febrero BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2015) ECLI:ES:TC:2015:24.

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª), Sentencia de 27 de marzo de 2019, Rec. 828/2017 ECLI: ES:AN:2019:1160.

España, Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera). Sentencia núm. 151/2020, de 30 de abril.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 172/2020, de 19 de noviembre (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020) ECLI:ES:TC:2020:172.

España. Tribunal Constitucional, (Pleno). Sentencia núm. 13/2021, de 28 de enero (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2021) ECLI:ES:TC:2021:13.

# BREVE APROXIMACIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL «EX DELICTO» DE AUTORES Y PARTÍCIPES EN ESPAÑA (ART. 116 DEL CP)[1]

**Luiza Borges Terra**
orcid.org/0000-0001-8579-6703.
Contacto luiza@terraadvogados.com
Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Maestra en Criminología y ciencias forenses por la Universidad Pablo de Olavide - España. Investigadora de la Universidad Pablo de Olavide. Profesora de Derecho Penal en la PUCE (Ecuador). Abogada en TERRA ADVOGADOS ASSOCIADOS. Miembro de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP). Coordinadora adjunta de la Revista de Direito Penal Econômico e Compliance (Thomson Reuters). Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal, Universidad de Göttingen (Alemania).

**Recibido el 5 de julio de 2024; aceptado el 5 de julio de 2024.**

**Palabras Clave:** responsabilidad civil, responsabilidad civil derivada de delito, responsabilidad civil de autores y partícipes, reparación del daño, responsabilidad «ex delicto».
**Keywords:** civil responsibility, civil responsibility derived from crime, civil responsibility of authors and participants, damage reparation, responsibility «ex delicto».

**Resumen:** El presente artículo desarrolla los principales aspectos para la posible apreciación de la responsabilidad civil de los autores y partícipes del delito. Para ello, explica el contexto mediante el cual surgió dicha forma de responsabilidad civil en el Código Penal de 1822, hasta llegar al texto actual dispuesto en el artículo 116 del Código Penal español. Asimismo, el abordaje de la primera aproximación a los cuatro criterios esenciales para su configuración, siendo estos: la previa comisión de un hecho delictivo, la intervención en dicho hecho delictivo, la generación del daño o perjuicio y la obligación de reparación de dicho daño.
**Abstract:** This article develops the main aspects for the possible assessment of the civil liability of the authors and participants in the crime. To this end, it explains the context in which this form of civil responsibility emerged in the Criminal Code of 1822, up to the current text provided in Article 116 of the Spanish Criminal Code. It also makes a first approach to the four essential criteria for its configuration, namely, the prior commission of a crime, the intervention in this crime, the occurrence of damage, and the obligation to repair this damage.

## I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil «ex delicto» surge de una dificultosa mezcla entre el derecho penal y el derecho civil[2], siendo una de las consecuencias del delito[3]. Sin embargo, esta afirmación simplista que acabamos de realizar no

1. Agradezco sinceramente a la Prof. Eliana Alba Zurita por su amable revisión del español en el presente artículo.

2. Quintano Ripollés, A. «Responsabilidades civiles "ex delicto" y "ex lege"», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16. núm. 3, 1963. p. 632. Aunque es cierto que parte de la doctrina es clara en determinar que consiste en una cuestión penal sin duda alguna, vid. por ejemplo, Vera Rivera, A; Calderón Tello, L; Vera Rivera de Calderón, M. del C. «Dogmática penal y responsabilidad civil: una necesaria reforma del art. 78 núm. 3 Código Orgánico Integral Penal del Ecuador», en *Revista penal México, núm. 13.* 2017-2018. Tirant lo Blanch, 2017, p. 207.

3. Entre ellos, Conde-Pumpido Ferreiro, C, sin embargo, resalta que no es una consecuencia equivalente a la pena. vid. Conde-Pumpido Ferreiro, C. «La responsabilidad civil ex delicto en el Código penal de 1995», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos,* Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. p. 935. Sobre esta reducción doctrinal vid. Cortés Bechiarelli, E. *El partícipe a título lucrativo (Artículo 122 del Código Penal Español).* (Trabajo original de investigación presentado para optar a la plaza de Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Extremadura), Cáceres, 2019, p. 3.

pone de relieve todos los problemas que se derivan de esta interdisciplinariedad, ya que, por un lado, en su mayoría, los civilistas tienden a rotularlo como un deber de estudio de los investigadores del derecho penal; y, por otro lado, los penalistas preocupados con las finalidades de las penas, la expansión y ampliación del derecho penal se inclinan por tratarlo como un asunto de competencia del derecho civil[4].

Justamente por ello, esta categoría fue objeto de una polémica discusión de la doctrina española sobre cuál sería la ubicación legal más acertada, es decir, su pertenencia al derecho civil o si es una cuestión para regularse a través del derecho penal[5]. Aunque es cierto, también, que en algunos países como Brasil se aborda como objeto estudio del derecho procesal penal, en cuanto que otros países, como Ecuador, establecen en el Código Penal bajo el nombre de reparación integral (en Ecuador, los artículos 77 y 78 del COIP), pero su previsión y criterios están desarrollados por Código Civil, bajo el artículo 2214 y siguientes[6].

Generalmente, en España esa discusión sobre la correcta ubicación de las formas de responsabilidad civil «ex delicto», tipificadas en el Código Penal, se debe a que, en su mayoría, no se diferencian «sustancialmente de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, de la responsabilidad por el daño»[7], siendo la diferencia referencial entre ellas que el origen del daño es un hecho típico[8]; y, por lo tanto, con relevancia penal. Sin embargo, aunque tengan la particularidad de que el perjuicio proviene de un delito, se puede aplicar en ella, la teoría general del derecho civil sobre la responsabilidad extracontractual[9].

En este sentido, se debe considerar que el Código Civil español dispone en su artículo 109 que «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal». Eso nos permite determinar y asumir que algunos criterios y términos desarrollados por la doctrina civilista pueden no tener un significado vinculante en la responsabilidad civil «ex delicto», teniendo en algunos casos diferente acepción penal. Así mismo, es posible que el Código Penal determine o establezca determinados conceptos propios, por ejemplo, el significado de la expresión «cosa mueble» en el delito de hurto tiene un concepto diferente del atribuido por el derecho civil[10]. Ahora bien, también se puede utilizar elementos normativos civiles y su regulación general para delimitar algunos puntos, aspectos estos que la legislación penal es incluso un poco parca para delimitar y concretar[11]. En este contexto, el Código Penal español dispone, desde su artículo 109 del CP, un capítulo que se denomina «De la responsabilidad civil y su extensión» que presenta diversas reglas generales para la aplicación de la responsabilidad civil «ex delito» y sus modalidades.

La doctrina civil suele dividir la responsabilidad ordinaria en responsabilidad por el hecho propio (art. 116 del CP) y responsabilidad por el hecho ajeno (art. 120 del CP). De esta manera y como la propia nomenclatura indica, la primera deriva de una responsabilidad «ex delicto» en que el propio responsable civil intervino en la conducta delictiva[12], como autor o partícipe, mientras que la segunda es la responsabilidad civil «ex delicto» que se deriva de

4. Sobre los problemas derivados en las figuras de naturaleza mixta., vid. Quintero Olivares, G. «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en *La responsabilidad civil «Ex Delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 16.
5. Quintero Olivares, G. «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en *La responsabilidad civil «Ex delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002. pp. 20 y ss. Este problema de la naturaleza de la responsabilidad civil ex delicto se deriva de la forma con su surgimiento en el derecho romano, vid. sobre ello Yzquierdo Tolsada, M. *Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual.* Madrid, Reus, 2000, p. 31.
6. Vid. Vera Rivera, A; Calderón Tello, L; Vera Rivera de Calderón, M. del C. «Dogmática penal y responsabilidad civil: una necesaria reforma del art. 78 núm. 3 Código Orgánico Integral Penal del Ecuador», en *Revista penal México,* núm. 13. 2017-2018. Tirant lo Blanch, 2017.
7. Silva Sánchez, J-M. «¿ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal», en *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, Barcelona, 2001. p. 3; Crítico de este entendimiento, vid. Llera Suárez-Bárcena, E. de. «La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil "ex delicto"», en *Responsabilidad civil "ex delicto", Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, pp. 70 y ss.
8. Silva Sánchez, J-M. «¿ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal», op. cit. p. 7.
9. Quintero Olivares, G. «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», op. cit. p. 20.
10. Agradezco sinceramente al Profesor Cortés Bechiarelli por su inmensa generosidad que me permitió acceder a un texto inédito de responsabilidad civil «ex delicto», objeto de su investigación para optar a la plaza de catedrático. Asimismo, agradezco a los Profesores Francisco Muñoz Conde y Alfonso Galán Muñoz que, en un gesto de amistad desinteresada, han contribuido para la obtención de dicho texto de forma anticipada. sobre este aspecto vid. Cortés Bechiarelli, E. *El partícipe a título lucrativo (Artículo 122 del Código Penal Español).* Trabajo original de investigación presentado para optar a la plaza de Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Extremadura. Cáceres, 2019, p. 38.
11. Quintero Olivares, G. «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», op. cit. pp.23 y ss.
12. La responsabilidad civil en este caso no depende de la responsabilidad penal, vid. Von Liszt, F. *Tratado de Derecho penal.* Madrid, Reus, 1916. p. 454; Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», en *La responsabilidad civil «Ex Delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 147.

la conducta que realiza otra persona. En el presente artículo trataremos de exponer los principales aspectos para la apreciación de la responsabilidad civil de los autores y partícipes del delito.

Todo delito genera una responsabilidad para sus autores y partícipes, bajo la disposición del art. 27 del CP[13]; y, por consiguiente, el artículo 116 del CP contempla su responsabilidad civil «ex delicto» de los autores y partícipes de los delitos. Esta disposición es una forma de responsabilidad civil directa[14] y por hecho propio[15], en la cual la persona que realiza el delito y el sujeto que tiene el deber de reparar el daño se solapan. La regla adoptada por el texto legal en cuestión prevé que cada autor y partícipe es responsable según su clase de responsabilidad penal, solidariamente entre sí[16].

# II. LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 116 del CP

Este tipo de responsabilidad civil estaba prevista, por primera vez, en el Código Penal español de 1822[17], que estipuló desde un inicio la separación entre la responsabilidad civil y penal derivadas de la infracción[18]. La tipificación de esta forma de responsabilidad estuvo inicialmente bajo el artículo 93 que preveía «También se debe imponer a los reos, cómplices, auxiliadores y fautores, sin perjuicio de que se pueda gravar a unos más que a otros, como queda expresado, el resarcimiento de todos los daños y la indemnización de todos los perjuicios que se hayan resultado del delito».

En el Código Penal de 1848[19], pasó a prever en su artículo 15 que toda persona responsable por un delito o falta también era responsable civil, esta inclusión se repite en todos los CP posteriores en diferentes ubicaciones. El fundamento de esta codificación respondía a la necesidad de la reparación del daño ocasionado por el delito, que para Groizard y Gómez de la Serna era fundamental para reestablecer la paz social[20].

Con la entrada en vigor de la nueva Constitución en 1868 se introduce el nuevo Código Penal de 1870[21]. En este cuerpo legal y en materia de obligación civil para los responsables de los delitos se mantienen las mismas características del CP de 1848, reformado en 1850[22]. Sin embargo, la alteración más significativa ocurrida en este ámbito fue la precisión en el artículo 127 del CP de la solidaridad de la obligación de reparación del daño entre autores, cómplices y encubridores[23].

Posteriormente, con su matriz autoritaria y su corta vigencia, el Código Penal de 1928 trasladó la responsabilidad civil del art. 127 para el artículo 80[24]. El aporte más significativo para la responsabilidad civil de los autores, cómplices y encubridores pasó a prever también la posibilidad de reparar el perjuicio moral y los daños que podrían derivarse del delito o falta[25]. Asimismo, estableció un apartado especial para la responsabilidad civil derivada de un hecho justificado, cuando hubiera actuado bajo estado de necesidad[26].

13. Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», op. cit. p. 147.
14. Morillas Cueva, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, Tecnos, 1991. p. 146; Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 358.
15. Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», op. cit. p. 147.
16. Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», op. cit. p. 147.
17. Pacheco, J. F. *El Código Penal concordado y comentado.* Tomo 1. Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1881. pp. 498 y 499. Asimismo, también tenía concordancia con otros Códigos como el brasileño de 1830, bajo sus artículos 21 y 27. El artículo 21 preveía la responsabilidad y el artículo 27 disponía sobre cómo se daría la satisfacción solidaria del daño. «Art. 21. O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto». y «art. 27. Quando o crime fôr commettido por mais de um delinquente, a satisfação será á custa de todos, freando, porém, cada um delles solidariamente obrigado, e para esse fim se haverão por especialmente hypothecados os bens dos delinquentes desde o momento do crime». Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm (Acceso en 21 de diciembre de 2021.
18. Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales).* Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 42 y 43.
19. «Código penal de 1848». Disponible en: https://www.palladinopellonabogados.com/wp-content/uploads/2016/09/Codigo-Penal-Español-1848.pdf. (Acceso en 15 de noviembre de 2021).
20. Groizard y Gómez de la Serna, A. *El Código penal de 1870: Concordado y comentado.* Tomo I. Salamanca, Esteban-Hermanos, 1891-1897. p. 686.
21. Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales).* op. cit. p. 61.
22. «Código penal de 1870». Disponible en https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1870/243/A00009-00023.pdf Acceso en 15 de noviembre de 2021.
23. Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales).* op. cit. p. 61.
24. «Código penal de 1928». Disponible en: https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1928/257/A01450-01526.pdf (Acceso en 16 de noviembre de 2021).
25. Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales).* op. cit. p. 66.
26. Sobre eso, vid. Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales*. op. cit. p. 68. El art. 79 preveía

Una vez instaurada la proclamación de la República en 1931, se anuló el CP de 1928 y se retomó el CP de 1870[27]. Luego, en 1932 se promulga un nuevo CP y se establece la misma regla general del CP de 1870, sin grandes modificaciones. El artículo 19 señaló que la responsabilidad delictiva generaba una responsabilidad civil[28], lo que se repitió en todos los Códigos Penales subsecuentes hasta 1995[29]. Posteriormente, se dispuso en dos artículos, el 108 y el 109 del CP. El primero sobre la responsabilidad de los cómplices y autores del delito, y el último sobre mantener la solidaridad y subsidiaridad entre autores, cómplices y encubridores.

En el Código Penal de 1944, se repite, casi como una copia literal, la disposición del CP de 1932[30] y 1870. Sin embargo, incluyó, así como el CP de corta vigencia de 1928, la obligación de reparar los daños morales, algo que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ocurría desde 1912[31]. Las reformas perpetradas en 1963[32] y1973[33] tampoco aportaron cambios en esta modalidad de responsabilidad civil.

En 1995, como veremos luego con detalle, el legislador agrupa acertadamente toda la responsabilidad civil «ex delicto» bajo un mismo título (tít. V - lib. I)[34], donde la disposición de la responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal que se encontraba en el artículo 19 del CP anterior, pasa a integrar el propio artículo 116 del CP. Cabe recalcar que esta prerrogativa no redujo la responsabilidad civil con la responsabilidad penal, sino que aportó que la responsabilidad civil dependerá del daño o perjuicio originado en el delito[35]. De la misma forma, el delito de encubrimiento sin ánimo de lucro que generaba responsabilidad civil hasta 1995, pasa a ser previsto en el art. 451 del CP como un delito autónomo y como una forma de participación delictiva[36]. Es así como a partir de 1995, sí una persona comete el delito de encubrimiento responde también por la regla general de la responsabilidad civil «ex delicto» como autor de un delito.

Con la reforma del Código Penal español de 2015, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se elimina la separación entre delitos y faltas, convirtiéndose en delitos graves y delitos leves, y se sustituye la expresión «delitos o faltas» por «delitos». En consecuencia y a efectos prácticos, no implicó ningún cambio significativo, pues el artículo 116 del CP ya tenía prevista la incidencia de la responsabilidad civil de los autores y cómplices, cuando el valor fuera proveniente de una falta.

De lo anterior, la técnica legislativa y la doctrina han construido la siguiente redacción del artículo 116 del CP:

> «1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. 2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno».

Una vez finalizado este preámbulo, pasamos a desarrollar los principales puntos para la responsabilidad civil «ex delicto» prevista del artículo 116 del CP.

---

que «Artículo 79. En el caso del artículo 60, son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya pre cavido el mal, a proporción del beneficio que hubieren reportada».

27. Sobre la turbulenta situación de este periodo, vid, Jiménez de Asúa, L. *La teoría jurídica del delito.* Madrid, Dykinson, 2005. pp. 5-13. Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales).* op. cit. p. 70.
28. «Código penal de 1932». Artículo 19. Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente. Disponible en https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/310/A00818-00856.pdf (Acceso en 22 de diciembre de 2021).
29. Mapelli Caffarena, B; Terradillos Basoco, J. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, Civitas, 1990, p. 183.
30. «Código penal de 1944». Disponible en https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/310/A00818-00856.pdf Acceso en 21 de diciembre de 2021. Vid, por ejemplo, el Artículo 19. Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente. Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales).* op. cit. p. 73.
31. STS de 6 de diciembre de 1912.
32. Decreto 168-1963, de 24 de enero, por el que se desarrolla la Ley número 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para una revisión parcial del Código Penal y otras Leyes penales. Disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1963-2618 (Acceso en 21 de diciembre de 2021).
33. «Código penal de 1973». Disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715. Acceso en 21 de diciembre de 2021.
34. Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales).* op. cit. p. 77.
35. De igual opinión, Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales).* op. cit. p. 78.
36. Montés Penadés. V. L. ≪Título V – Capítulo II≫, en *Comentarios al Código Penal de 1995.* vol. 1. (Arts. 1 a 233). Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 618.

# III. REQUISITOS PARA LA APRECIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ARTÍCULO 116 DEL CP

Preliminarmente, el CP de 1995 reunió todas las formas de responsabilidad «ex delicto» bajo el mismo título[37], empezando por el artículo 109 del CP. En este artículo está el fundamento para la responsabilidad civil «ex delicto» y prevé que «La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados». Dicho señalamiento establece que el fundamento de la responsabilidad civil «ex delicto» es el daño o perjuicio causado por el delito[38], y esta disposición combinada con el artículo 116.1 del CP, establece como criterio delimitador de la responsabilidad civil que toda persona responsable por una conducta criminal, también lo es de la responsabilidad civil.

De esta forma y de la composición de estos dos artículos, uno de carácter general y el otro como una de las modalidades de responsabilidad civil derivadas del delito, se desprende, bajo nuestro criterio, como requisitos para la responsabilidad civil de los autores y partícipes: la ocurrencia de un hecho delictivo previo, es decir, la intervención como autor o partícipe en este delito antecedente, la generación de un daño o perjuicio, y de todo ello se deriva la obligación solidaria y subsidiaria de reparación del daño.

a) **La realización de un hecho delictivo previo.**

El primer punto de análisis de los requisitos de la responsabilidad «ex delicto» es **la producción de ese hecho delictivo.** El artículo 116.1 del CP prevé que su incidencia radica sobre la persona «responsable de un delito». Aquí, el termino responsable significa que puede ser atribuido a alguien y que no se trata de una aproximación del concepto de responsabilidad penal.

En el orden del concepto analítico de delito, la primera cuestión a ser abordada versa sobre sí la **conducta penalmente típica antecedente** hace falta para que exista una responsabilidad civil «ex delicto» de los autores y partícipes**.** Esta cuestión no es motivo de mucho debate doctrinal, ya que para que se consideré una responsabilidad derivada de un delito, incluida en el artículo 116 del CP, es necesario que la actividad delictiva originaría de la responsabilidad civil sea una conducta descrita como delito por Código Penal, es decir, sea una conducta típica objetiva y subjetivamente. Cabe señalar que, de forma muy cuestionable, el CP dispone una excepción a esta regla de forma expresa, que es la permanencia de la responsabilidad civil de los autores y partícipes del delito, sin tipicidad subjetiva, cuando se actúe bajo la previsión de error de tipo, como dispone el artículo 118.2 del CP cuando establece que «En el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho»[39].

A continuación, abordaré el próximo elemento de la teoría del delito que debemos analizar, esto es, la **antijuridicidad** como presupuesto para la responsabilidad civil «ex delicto». La discusión doctrinal en este supuesto corresponde a la posibilidad de admitir como actividad antecedente, una conducta típica que se encuentre justificada por el ordenamiento jurídico penal y si esta puede ser fuente de la responsabilidad civil dispuesta en el artículo 116 del CP. Inicialmente, es preciso señalar que en términos civiles es necesaria la presencia de la antijuridicidad y hago esta puntualización con el objetivo de evitar la discusión perdurable sobre sí el Código Civil actual exige la antijuridicidad para la configuración de la responsabilidad civil[40], como disponían claramente los anteriores Códigos de 1836 o de 1851[41], o si más bien, este criterio no tiene relevancia para la determinación de esta responsabilidad[42], sino como mero criterio de imputación secundario, que ha suscitado vivo debate en la doctrina civilista.

Sin embargo, el Código Civil actual parece indicar la necesidad de la antijuridicidad civil, porque exige que las obligaciones extracontractuales, tal como es la «ex delicto», se deriven como una conducta formalmente contraria al derecho. Dicha afirmación se debe al contenido del artículo 1089 del CC, al determinar las fuentes de obligación, esto es, que las acciones y omisiones deben ser ilícitas, ya que prevé, «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de *los actos y omisiones ilícitos* o en que intervenga cualquier género de culpa o negli-

37. Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales).* op. cit. p. 78.
38. Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», op. cit. p. 146.
39. vid. Silva Sánchez, J-M. «¿ex delicto? Aspectos de la *llamada* responsabilidad civil en el proceso penal», op. cit. p. 7.
40. Busto Lago, J. M. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual.* Madrid, Tecnos, 1998. p.175.
41. García-Ripoll Montijano, M. «La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil», en *ADC,* tomo LXVI, 2013. p. 1525.
42. Reglero Campos, F. «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Tratado de Responsabilidad Civil.* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2006. pp. 72 y 73.

gencia». Así, por derivar de una conducta típica penalmente, esta es contraria a una norma preestablecida, siendo también contraria al derecho.

En este sentido, aunque se trate de una conducta antijurídica en términos civiles, no siempre será una conducta **antijurídica penal**. Esta cuestión es definida por el propio Código Penal, que en su artículo 118, apartado 3, dispuesto en la sección de la responsabilidad civil, prevé que, «En el caso del número 5.º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio». Eso implica que el Código Penal textualmente ha previsto que la actuación bajo estado de necesidad *puede* generar algún tipo de responsabilidad civil, si existe un daño causado por el hecho justificado, es decir, «el injusto no es siempre presupuesto necesario de la responsabilidad civil»[43]. Sin embargo, el Código Penal nada dispone sobre las otras formas de justificación de la antijuridicidad penal, lo que nos lleva concluir que es posible la existencia de una responsabilidad civil «ex delicto» sin antijuridicidad penal, sin embargo, solamente en la hipótesis del hecho antecedente como una causa de justificación bajo el estado de necesidad[44].

Finalmente, no es necesario que el sujeto sea culpable del hecho (actividad delictiva) como dispone expresamente el artículo 118 del CP; además, es también indiferente la punibilidad del hecho antecedente[45].

b) **Intervención en el hecho delictivo antecedente.**

El segundo requisito para la incidencia de la responsabilidad civil del artículo 116 del CP, a diferencia de la responsabilidad del art. 122 del CP, es que **el sujeto haya intervenido como autor o partícipe en el delito antecedente**. En este contexto, los autores y partícipes intervienen en el delito que origina el deber de reparación, y, en las palabras de Mir Puig, el autor o partícipe es aquel que lo realiza y que ha contribuido a la realización del hecho[46]. Es así como el CP admite diferentes formas de autoría, siendo necesario, para la determinación de la autoría y la complicidad en la responsabilidad civil «ex delicto», utilizar la clasificación sistemática del propio Código Penal dispuesta en los arts. 28 y 29 del CP.

En este sentido, y sin cuestionamiento alguno, son formas de autoría: la autoría directa individual, coautoría y la autoría mediata[47]. Por consiguiente, aunque algunas formas de participación son equiparadas por el CP a la autoría[48], como el caso de la inducción y de la cooperación necesaria, estas tendrán la misma atribución que los autores para la incidencia de la responsabilidad civil «ex delicto»[49]. Para finalizar este punto, el concepto de la complicidad, observando el art. 29 del CP, se queda restringido a los partícipes[50].

c) **El daño o perjuicio y su reparación.**

En cuanto el tercer requerimiento, además de la previa producción de un delito y la intervención como autor o partícipe, es fundamental la generación de un **daño o perjuicio**, dispuesto tanto en el artículo 109 del CP y en el artículo 116.1 del CP a través de la disposición «si del hecho se derivaren daños o perjuicios», lo cual vincula la existencia de la responsabilidad civil a los daños o perjuicios que la infracción penal pueda haber generado[51].

Al respecto, el daño o perjuicio causado genera la obligación de reparación y en el caso de los autores o partícipes es regida por orden del 116.3 del CP, esto es, por lo dispuesto en el artículo 110 del CP que, prevé tres formas de repararlo: «La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales». La indemnización de perjuicios materiales y morales, dispuesta en el artículo 113 del CP, incluye el reparo del daño moral, daño material, daño emergente y even-

43. Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, 10 ed. Reppertor, 2015. p. 441.
44. Parece entender de la misma manera, Silva Sánchez, J-M. «¿ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal», op. cit. pp. 6 y 7.
45. Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», op. cit. p. 147.
46. Mir Puig, S. *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito.* Barcelona, Reppertor, 2019. pp. 163 y ss.
47. Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte General.* op. cit. pp. 356 y ss.
48. Muñoz Conde, F; García Arán, M. *Derecho penal. Parte general.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. p. 443; Sobre la inducción propiamente vid. Gómez Rivero, M. del C. *La inducción a cometer el delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1995. pp. 167 y ss.
49. Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* op. cit. p. 374. Quintero Olivares, G. ≪Las personas civilmente responsables», op. cit. p. 147.
50. Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», op. cit. p. 147.
51. Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. pp. 77 y 78. NAVEIRA ZARRA, M. M. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual.* Madrid, Dijusa, 2006. p. 40; Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», op. cit. p. 42.

tual lucro cesante producido con el delito[52]. Esta indemnización tiene un carácter de compensación por todo lo que se causó con el delito[53].

En este sentido, y partiendo de la premisa según la cual la responsabilidad civil derivada de un delito debe ser primero interpretada bajo los preceptos del Código Penal, como prevé el artículo 1092 del CC[54], se debe señalar que la restitución de la cosa consiste en la trasferencia de la posesión o de la propiedad a quien tiene derecho y propiedad sobre ella[55] o, más bien, la restitución frente al tribunal que determinará la destinación del bien[56]. Eso es, lo que permite restaurar el estado *ex ante* del delito[57] o en las palabras de Conde-Pumpido Ferreiro «es la consecuencia ineludible de la reposición del orden jurídico perturbado por el delito»[58].

En este punto y para la reparación del daño, se deberá identificar una relación de causalidad entre el delito antecedente y el daño o eventual lucro cesante. Para luego, determinarlo, exigiéndose la existencia de un daño cuantificable y preciso[59]. A consecuencia de esta precisión, existe una limitación en la determinación de la responsabilidad civil de los autores y partícipes, que es el daño materialmente probado[60], y, que debe ser razonado en los límites del artículo 115 del CP[61]; en especial, la particularidad que tiene el lucro cesante, que es siempre hipotético y supone una probabilidad de los ingresos, sí el hecho delictivo no hubiera ocurrido[62].

Asimismo, y pese a que la jurisprudencia lo emplee hace más de cien años[63], los perjuicios morales son de compleja determinación. En este sentido, los perjuicios morales integran la afectación que un delito puede generar a la reputación o prestigio social de una persona física o jurídica, por ejemplo, en los delitos contra el honor o delitos que afectan la intimidad personal[64].

Por otro lado, hay todavía algunas particularidades sobre la atribución de la responsabilidad civil. Por ejemplo, si el delito del cual se deriva la responsabilidad civil ha tenido solamente una persona responsable, esto es, también, la única responsable por la reparación de los daños y perjuicios causados[65]. Ahora bien, si hay pluralidad de autores o de partícipes, varios responsables penales, concierta al final del art. 116.1 del CP, que la responsabilidad civil se dará por cuotas y que los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno[66].

Por su parte, el artículo 116.2 del CP dispone que los autores deberán responder solidariamente por las cuotas arbitradas por el juez, y lo mismo ocurre con los partícipes[67], lo que implica en concluir que, el perjudicado podrá

52. Cavanillas Múgica, S. «Efectos de la Responsabilidad civil "ex delicto": indemnización de perjuicios materiales y morales», en *La responsabilidad civil «Ex Delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002. pp. 78 y 79.
53. Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito.* op. cit. p. 470.
54. Art. 1092 del CC. Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal.
55. Belmaña Juárez, J. *Derechos reales, manual de la posesión: notas de clases, jurisprudencias.* Córdoba, Alveroni ediciones, 1998. pp. 90 y ss.
56. Quintero Olivares, G. «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* 12-r2, 2010. p. 14.
57. Cortés Bechiarelli, E. *El partícipe a título lucrativo (Artículo 122 del Código Penal Español).* op. cit. p. 48.
58. Conde-Pumpido Ferreiro, C. «La responsabilidad civil ex delicto en el Código penal de 1995», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos.* Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca. 2001. p. 938.
59. STS de 29 de septiembre de 1986; Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito.* op. cit. p. 233; Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito.* op. cit. p. 471.
60. Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito.* op. cit. p. 471.
61. Artículo 115 del CP: Los jueces y tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.
62. Cavanillas Múgica, S. «Efectos de la Responsabilidad civil "ex delicto": indemnización de perjuicios materiales y morales», en *La responsabilidad civil «Ex Delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002. p. 79; vid. También STS de 21 de noviembre de 2000.
63. STS de 6 de diciembre de 1912; Mapelli Caffarena, B; Terradillos Basoco, J. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, Civitas, 1990. p. 188.
64. Cavanillas Múgica, S. «Efectos de la Responsabilidad civil "ex delicto": indemnización de perjuicios materiales y morales», en *La responsabilidad civil «Ex Delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002. pp. 88 y ss.; Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. p. 234.
65. Alastuey Dobón, C. «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito: La responsabilidad civil derivada del delito», en *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. p. 258; Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. pp. 359 y 365.
66. Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* op. cit. pp. 359 y ss, esta autora también menciona la jurisprudencia que obliga esta determinación, vid. STS 495/2003, de 2 de abril.
67. Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», en *La responsabilidad civil «Ex Delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002. p. 148; Landrove Díaz, G. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, 6 ed. Tecnos, 2005. p. 154.

ejecutar dicha responsabilidad sobre cualquiera de los responsables, en los términos del art. 1144 del CC[68]. Además, bajo criterio de la subsidiariedad, primero se ejecutarán los bienes de los autores y después lo de los partícipes[69], salvo en ambos casos, el derecho de repetición[70].

El criterio para determinar las cuotas no es determinado por el Código Penal[71], mientras que la jurisprudencia presenta como criterio establecer una cuota correspondiente con el hecho que cada autor o partícipe ha realizado[72]. Al respecto, estas deberán ser proporcionales «a su contribución al daño, aportación que puede no ser igual a la que haya tenido en la infracción penal; así, mientras la responsabilidad penal está en función de la culpabilidad del sujeto, la civil dependerá de la importancia de cada conducta para la producción de los daños y perjuicios»[73].

Para la concreta determinación del valor de cada cuota, la doctrina jurisprudencial mayoritaria atiende a lo dispuesto en el artículo 1138 del CC, que se aplica de forma supletoria, tanto en esta materia como en cualquier ley en los términos del 4.3 del CC[74], y, que determina la división en partes iguales. Asimismo, si la sentencia deja de determinar las cuotas de cada autor o cada partícipe se aplica este dispositivo[75]. Sin embargo, es cierto también que no hay ningún impedimento legal para diferenciar el valor de las cuotas entre los autores[76].

Finalmente cabe resaltar que esta forma de responsabilidad civil «ex delicto» goza de una protección especial, porque constituye delito bajo el apartado 2 del artículo 257 del CP[77], antiguamente dispuesto en el artículo 258 del CP, esto es, la conducta de quien «con posterioridad a la comisión del hecho delictivo provoca su insolvencia total o parcial con la finalidad de eludir el cumplimiento de aquella»[78].

# IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con la construcción histórica del artículo 116 del CP, se puede percibir que, por dos siglos —desde 1822— existe en España esta forma de responsabilidad civil, que poco ha cambiado al largo del tiempo y en las sucesivas reformas. Esta —casi— inalterabilidad de este apartado y su constante tipificación como norma de derecho penal no fue, bajo nuestro entendimiento, suficiente para que la doctrina penal asuma el tema como objeto de estudio de la esfera penal. Al contrario, es brevemente señalado como una de las consecuencias jurídicas del delito de poca importancia, y un poco preterida, frente a las otras consecuencias derivadas del delito mucho más estudiadas por los penalistas, como la pena privativa de libertad hasta la pena de multa.

Sin embargo, aunque se asemeje muchísimo a los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, es necesario que este tema sea más desarrollado por la doctrina penal, solo así se puede enfrentar aspectos específicos de la actividad delictiva que da origen a una responsabilidad civil «ex delicto», es decir, el completo desarrollo del tema solo se puede dar, al tener el conocimiento previo del concepto de delito que establece la dogmática penal; es decir, lo que a lo largo de los siglos ha sido desarrollado como una conducta típica, antijurídica y culpable, y para algunos

68. Alastuey Dobón, C. «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito: La responsabilidad civil derivada del delito», op. cit. p. 258; Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* op. cit. p. 372.
69. Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* op. cit. p. 372.
70. Alastuey Dobón, C. «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito: La responsabilidad civil derivada del delito», op. cit. p. 258; Conde-Pumpido Ferreiro, C. «La responsabilidad civil ex delicto en el Código penal de 1995», op. cit. p. 945; Montés Penadés. V. L. «Título V – Capítulo II», op. cit. p. 619.
71. Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* op. cit. p. 360; Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», op. cit. p. 148.
72. STS de 07 de marzo de 2003.
73. Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* op. cit. p. 360.
74. Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* op. cit. p. 360.
75. Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* op. cit. p. 362. Vid. STS de 26 de abril de 1988; STS 683 de 05 de junio de 1995; STS 649 de 22 de junio de 2009.
76. De igual opinión, vid. Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», op. cit. p. 149; Montés Penadés. V. L. «Título V – Capítulo II», op. cit. p. 619; parece ser también referente al CP anterior la postura de Morillas Cueva, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, Tecnos, 1991. p. 149.
77. Artículo 257. 2. Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.
78. Quintero Olivares, G. «Efectos de la responsabilidad civil "ex delicto": régimen especial de algunos delitos», op. cit. p. 129; Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* op. cit. p. 359.

autores, punible[79]. Asimismo, entendemos que resulta fundamental el enfrentamiento de la responsabilidad civil «ex delicto» por parte de la doctrina civilista, que, a lo largo del tiempo, ha desarrollado los conceptos de daño y perjuicio con mucha más profundidad que la doctrina penal.

Como último punto y, en conclusión, es preciso afirmar que para la configuración de una responsabilidad civil «ex delicto» de autores y partícipes del delito es siempre necesaria una conducta que, salvo en la equivocada excepción del artículo 118.2 del CP, debe ser típica. En el mismo sentido, esta conducta antecedente debe ser en —casi— todos los casos antijurídica-penalmente, con excepción de la disposición del caso de estado de necesidad dispuesto en el artículo 118.3 del CP. Asimismo, la intervención de los responsables civiles en este hecho, antecedente–delictivo, y, cuya intervención genere un daño o perjuicio cuantificable y determinado, será susceptible de resarcimiento.

# V. REFERENCIAS

Alastuey Dobón, C. «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito: La responsabilidad civil derivada del delito», en *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Belmaña Juárez, J. *Derechos reales, manual de la posesión: notas de clases, jurisprudencias.* Córdoba, Alveroni ediciones, 1998.

Busto Lago, J. M. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual.* Madrid, Tecnos, 1998.

Cavanillas Múgica, S. «Efectos de la Responsabilidad civil "ex delicto": indemnización de perjuicios materiales y morales», en *La responsabilidad civil «Ex Delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002.

Cerezo Mir, J. *Curso de Derecho penal español II. Teoría jurídica del delito.* Madrid, Tecnos, 1997.

Conde-Pumpido Ferreiro, C. «La responsabilidad civil ex delicto en el Código penal de 1995», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos.* Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca. 2001.

Cortés Bechiarelli, E. *El partícipe a título lucrativo (Artículo 122 del Código Penal Español).* (Trabajo original de investigación presentado para optar a la plaza de Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Extremadura), Cáceres, 2019.

García-Ripoll Montijano, M. «La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil», en *ADC,* tomo LXVI, 2013.

Gómez Rivero, M. del C. *La inducción a cometer el delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Groizard y Gómez De La Serna, A. *El Código penal de 1870: Concordado y comentado.* Tomo I. Salamanca, Esteban-Hermanos, 1891-1897.

Jiménez de Asúa, L. *La teoría jurídica del delito.* Madrid, Dykinson, 2005.

Landrove Díaz, G. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, 6 ed. Tecnos, 2005.

Llera Suárez-Bárcena, E. de. «La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil "ex delicto"», en *Responsabilidad civil "ex delicto", Cuadernos de Derecho Judicial,* 2004.

Mapelli Caffarena, B; Terradillos Basoco, J. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, Civitas, 1990.

79. Von Liszt, F. *Tratado de Derecho penal.* op. cit. p. 456. CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español II. Teoría jurídica del delito.* Madrid, Tecnos, 1997. p. 20; Muñoz Conde, F; García Arán, M. *Derecho penal. Parte general.* op. cit. p. 197.

Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2011.

Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, 10 ed. Reppertor, 2015.

Mir Puig, S. *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito.* Barcelona, Reppertor, 2019.

Montés Penadés. V. L. «Título V – Capítulo II», en *Comentarios al Código Penal de 1995.* vol. 1. (Arts. 1 a 233). Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

Morillas Cueva, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, Tecnos, 1991.

Muñoz Conde, F; García Arán, M. *Derecho penal. Parte general.* Valencia, 10 ed. Tirant lo blanch, 2019. p. 197.

Naveira Zarra, M. M. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual.* Madrid, Dijusa, 2006.

Pacheco, J. F. *El Código Penal concordado y comentado.* Tomo 1. Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1881.

Quintano Ripollés, A. «Responsabilidades civiles "ex delicto" y "ex lege"», en Anuario *de Derecho Civil*, vol. 16. núm. 3, 1963.

Quintero Olivares, G. «Efectos de la responsabilidad civil "ex delicto": régimen especial de algunos delitos», en *La responsabilidad civil «Ex Delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002.

Quintero Olivares, G. «Las personas civilmente responsables», en *La responsabilidad civil «Ex Delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002.

Quintero Olivares, G. «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en *La responsabilidad civil «Ex Delicto».* Pamplona, Aranzadi, 2002.

Quintero Olivares, G. «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* 12-r2, 2010.

Reglero Campos, F. «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Tratado de Responsabilidad Civil.* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2006.

Roig Torres, M. *La reparación del daño causado por el delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Roig Torres, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Silva Sánchez, J-M. «¿ex delicto? Aspectos de la *llamada* responsabilidad civil en el proceso penal», en *Revista para el análisis del Derecho,* núm. 3, Barcelona, 2001.

Vera Rivera, A; Calderón Tello, L; Vera Rivera De Calderón, M. del C. «Dogmática penal y responsabilidad civil: una necesaria reforma del art. 78 núm. 3 Código Orgánico Integral Penal del Ecuador», en *Revista penal México,* núm. 13. 2017-2018. Tirant lo Blanch, 2017.

Von Liszt, F. *Tratado de Derecho penal.* Madrid, Reus, 1916.

Yzquierdo Tolsada, M. *Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual.* Madrid, Reus, 2000.

# EL REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN

## The search and seizure of mass storage devices

**Francisco de Paula Sánchez Medrano**
ABOGADO
franciscosanchez@bufetebaenabocanegra.com

**Recibido el 5 de julio de 2024; aceptado el 5 de julio de 2024.**

**I. Introducción. II. La autorización judicial habilitante.** 1. Principios que informan la resolución habilitante. 2. El acceso a dispositivos incautados con ocasión de una diligencia de entrada y registro. 3. El acceso a dispositivos incautados fuera del domicilio. 4. Términos y alcance del registro. 5. El consentimiento del investigado. **III. Los intervinientes en la medida.** 1. Policía Judicial. 2. Letrado de la Administración de Justicia. 3. El investigado y su defensa. 4. El deber de colaboración. **IV. Los datos obtenidos en el procedimiento penal.** 1. Incorporación. 2. Expurgo. **V. A modo de conclusión. VI. Bibliografía.**

**Palabras clave**: Registro de dispositivos. Autorización judicial para búsqueda e incautación. Almacenamiento masivo. Garantías procesales. Integridad de los datos.
**Keywords:** device examination, search and seizure warrant, mass storage, procedural guarantees, data integrity.

**Resumen**: El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información es en la actualidad una herramienta de gran utilidad para la investigación de delitos dada la gran cantidad de datos que estos albergan. Dada la incidencia de esta medida sobre los derechos fundamentales del investigado, en el año 2015 esta fue regulada partiendo del marco jurisprudencial previo, pero por desgracia algunos aspectos no han sido desarrollados por esta nueva normativa. En el presente artículo se exponen los principales aspectos relacionados con esta medida de investigación, su control judicial y la forma de incorporar los resultados al procedimiento.
**Abstract:** The search and seizure of mass storage devices is currently a very useful tool for crime investigations given the large amount of data hosted. Given the incidence of this measure on the fundamental rights of the defendant, in 2015 it was regulated based on the settled case-law, but unfortunately some aspects have not been developed by this new regulation. This paper exposes the main aspects related to this investigative measure, its judicial control and how to incorporate the results into the procedure.

# I. INTRODUCCIÓN

La Revolución Digital, que comenzó en la segunda mitad del siglo XX y que aún continúa, no ha dejado ámbito social ni vital a salvo de transformaciones, resultando innecesario e imposible enumerar todas las funciones que pueden ser realizadas en la actualidad con un ordenador, un *smartphone* o una tableta, lo que ha llevado a que estos equipos sean indispensables en todos los ámbitos de nuestras vidas.

La posibilidad de que con un solo dispositivo se pueda tener acceso a la mayor biblioteca del mundo, llevar toda la gestión de una empresa, mantener el contacto con amigos y familiares, captar y almacenar fotografías y vídeos, y un largo etcétera, lleva también a que, a través del análisis de ese mismo dispositivo, se pueda averiguar todo —o casi todo, puede que lo más secreto— de una persona, ocurriendo lo mismo con el análisis de dispositivos destinados a ser contenedores de la información que los equipos tecnológicos generan.

La Constitución Española, ya en el año 1978, preveía que la informática llegaría a un nivel de desarrollo tal que necesitaría del establecimiento de limitaciones legales a su uso para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos[1], aunque quizá no podía prever el grado de desarrollo actual y su incidencia en la vida cotidiana.

La CE diseña mecanismos de protección de derechos fundamentales que difieren en su articulación dependiendo de cuál sea el que se vea afectado, pero que presentan un núcleo esencial común de protección cuando su limitación se produce por parte de una autoridad pública (principio de proporcionalidad, en sentido amplio), quizá sin prever del todo que el desarrollo tecnológico llevase a la afectación de varios de ellos de una sola vez; piénsese en cuáles son los derechos fundamentales susceptibles de verse afectados con la incautación de un *smartphone* y el posterior análisis de su contenido en el momento actual en el que nos encontramos, donde un teléfono móvil es, queramos o no, una extensión de nosotros mismos.

En el registro de dispositivos que se mencionaban en el párrafo anterior es difícil imaginar un caso en el que no se afecte al mismo tiempo al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, aunque pueden ser otros los que se vean afectados llegado el caso. En el escenario actual, tal como apunta la STS 246/2014, de 2 de abril (F.J. 5º), «son muchos los espacios de exclusión que deben ser garantizados» y «[n]o todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional».

Señala Pérez Estrada que «[e]l TC ha intentado describir el contenido de cada derecho fundamental atendiendo a los datos individualmente considerados pero esta tarea cede ante el cúmulo de datos contenidos en los dispositivos de almacenamiento que hace que resulte imposible identificar de manera aislada los derechos fundamentales implicados, pues, muchas veces, aparecen entremezclados»[2], teniendo un ejemplo de ello en la STC 173/2011, de 7 de noviembre[3], de referencia sobre esta materia, que ha sido muy criticada[4]. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional advertía de que a través de los datos contenidos en un ordenador personal se puede llegar a descifrar lo más íntimo de una persona, «pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE)», por lo que cualquier registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información debe llevarse a cabo previa autorización judicial excepto en el caso de consentimiento del afectado por la medida o de urgente necesidad[5], siempre que la medida sea proporcionada y se persiga un fin legítimo.

No mucho después de la citada STC, el Tribunal Supremo, en la STS 342/2013, de 17 de abril (F.J. 8.º), indicaba que los dispositivos de almacenamiento masivo de información habitualmente contienen «información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones», siendo más adecuado dar un tratamiento unitario a todos los datos que forman parte de ese «entorno virtual»[6] que estaría formado por «toda la información en

1. Artículo 18.4 de la CE:
   «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».
2. Pérez Estrada, «La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 5, núm. 3, 2019, p. 1311.
3. Ver los fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto, en los que se mencionan, entre otros derechos susceptibles de ser vulnerados con el análisis de un ordenador, el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y el secreto profesional.
4. Ruiz Legazpi, «Derecho a la intimidad y obtención de pruebas: el registro de ordenadores (*incoming* de *eMule*) en la STC 207/2011», *Revista española de derecho constitucional*, vol. 34, núm. 100, 2014, p. 367.
   «(…) la STC 173/2011 avala una condena por un delito tan grave y deleznable como es la distribución de pornografía infantil, impuesta sobre la base de una prueba ilegal que debió excluirse del proceso, tal como manda la teoría del árbol envenenado plasmada en el artículo 11.1 de la LOPJ, pues se había obtenido quebrantando el derecho a la intimidad del artículo 18.1».
5. En el caso concreto, el propietario de una tienda de informática denunció ante la policía que dentro del ordenador de un cliente había encontrado material pedófilo, les entregó el ordenador a los agentes, facilitó sus datos y lo reconoció fotográficamente; tras esto, los agentes incautaron y visionaron el contenido del ordenador, procediendo luego a la detención del investigado. El TC declara no haber sido vulnerados los derechos fundamentales del propietario del ordenador porque este había consentido la acción del dueño de la tienda de informática, que ante tal hallazgo se encontraba legalmente obligado a denunciar, y la policía había procedido al análisis en una situación de urgente necesidad y persiguiendo un fin legítimo.
   En sentido contrario a la mayoría de la Sala, la Excma. Sra. Dña. Elisa Pérez Vera emitió voto particular señalando, a mi parecer muy acertadamente, que ninguna situación de urgente necesidad podía alegarse pues el investigado estaba detenido y no existía riesgo alguno de borrado de la información porque los ordenadores estaban en poder de los agentes, por lo que perfectamente podía haberse solicitado la autorización judicial antes de proceder al registro.
6. «Entorno virtual» que también es denominado dentro de la misma STS como «*entorno digital*».

formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos»[7], tratamiento unitario consistente en la necesidad de recabar autorización judicial en todos los casos en los que se pretendiese entrar en el entorno virtual del investigado. Así, como señala Sánchez Gómez[8], es precisamente en base a la multifuncionalidad de los datos y de los soportes en que estos se insertan, como a los derechos susceptibles de ser limitados con su intervención, donde también converge la protección de datos personales y su correlativa protección de la autodeterminación informativa, que debe traerse a colación el derecho a la protección del entorno virtual de las personas. Concepto de creación jurisprudencial donde se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de *nomen iuris* propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital (STS 342/2013, de 17 de abril —F.J. 8.º— y 462/2019, de 14 de octubre —F.J. 1.º—).

Reclamado un tratamiento unitario tanto por la doctrina académica y constitucional como por la jurisprudencia, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los artículos 588 sexies a), b) y c) de la LECrim, dentro de unos nuevos capítulos IV a X, insertos en el título VIII del libro II de la LECrim, destinado a la regulación de las medidas de investigación tecnológica, con los artículos 588 bis a) de la LECrim hasta el 588 bis k) de la LECrim a modo de disposiciones comunes. De estas disposiciones comunes, quizá lo más destacable es que el legislador ha decidido introducir dentro del texto legal los principios que el Tribunal Constitucional venía declarando «como determinantes de la validez del acto de injerencia» y del contenido mínimo que debe incluir tanto el oficio policial en el que se solicite la medida como la resolución judicial que la autorice a fin de evitar déficits motivacionales que puedan determinar la posterior declaración de nulidad de la autorización, según el preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre[9].

Como veremos más adelante, la normativa introducida por el legislador de 2015 parte del supuesto general de la necesidad de recabar autorización judicial para realizar el registro y el supuesto excepcional de los registros directos por razones de urgencia, dando cuenta posterior al Juzgado y sometido a ratificación, a ello debe sumarse la posibilidad no prevista en la norma de que sea el propio investigado quien consienta la medida, con expresa mención a las

7. Importantísimo el apunte realizado al definir el concepto de entorno virtual, pues en los dispositivos que utilizamos no solamente queda almacenada la información que generamos de forma consciente y voluntaria, sino también la creada a consecuencia del uso dado al dispositivo y que se mantiene oculta, en muchos casos incluso sin saber de la existencia de esta.

8. Sánchez Gómez, «La investigación tecnológica multinivel del discurso terrorista», en *La represión y persecución penal del discurso terrorista* (Galán Muñoz, dir., Gómez Rivero, dir.), Tirant lo Blanch, 2022, pág. 783. Sobre el tratamiento procesal del derecho de configuración jurisprudencial puede consultarse Delgado Martín, J., «Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por la LO 13/2015», en *Diario La Ley*, 2016, núm. 8693, pág. 12 y ss., Gómez Colomer, J. L., «Los actos de investigación garantizados», en *Derecho Jurisdiccional III. Procesal Penal* (con Montero Aroca, Esparza Leibar, Barona Vilar, Etxeberría Guridi), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 262 y ss. o Gudín Rodríguez-Magariños, A., «La protección de datos en el tratamiento procesal de los dispositivos de almacenamiento masivo de información», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2017, núm. 125, págs. 16 y ss.

9. Párrafos cuarto y quinto del apartado IV del preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre:
«*Se ha estimado oportuna la proclamación normativa de los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la validez del acto de injerencia. Toda medida deberá responder al principio de especialidad. Ello exige que la actuación de que se trate tenga por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiéndose pues las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva, de acuerdo con el concepto que informa la doctrina emanada del máximo intérprete de la Constitución, por todas la sentencia 253/2006, de 11 de septiembre. Las medidas de investigación tecnológica deben además satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados.*
*La reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que, en su caso, habilite la medida de injerencia. Las disposiciones comunes se extienden igualmente a las demás cuestiones de forma, tales como la solicitud de prórroga, las reglas generales de duración, el secreto, el control de la medida, la afectación a terceras personas, la utilización de información en procedimiento distinto, el cese de la medida o la destrucción de registros. Cada diligencia modulará algunos de estos aspectos y se regirá por reglas específicas propias de su propia particularidad*».

condiciones de validez del consentimiento. Advertir también que aunque el Capítulo VIII se titule «Registro remoto de dispositivos de almacenamiento masivo de información», el artículo 588 sexies a LECrim incluye en su regulación tanto a los equipos que generan los datos como a los de su almacenamiento, incluyendo en su listado ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica, telemática, dispositivos de almacenamiento masivo de información digital y repositorios telemáticos de datos.

# II. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL HABILITANTE.

## 1. Principios que informan la resolución habilitante

Como se mencionaba anteriormente, dentro de la nueva regulación existe una serie de disposiciones comunes las nuevas medidas de investigación tecnológicas introducidas por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de las cuales quizá la más importante es la positivización de los principios que venía recogiendo el Tribunal Constitucional en sus sentencias para determinar la validez de la injerencia.

Así, el art. 588 bis a.1 de la LECrim dispone que las medidas de investigación tecnológicas gozarán de validez «siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida»; los distintos numerales del mencionado artículo indican el límite que marca cada uno de los principios, si bien no realizan una definición conceptual sobre cada uno de ellos:

a) **El principio de especialidad.**

Según la norma, el principio de especialidad «exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto», no pudiendo autorizarse las medidas «que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva». Debe delimitarse objetivamente la medida a través de la precisión del hecho que se trata de investigar y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso (…)[10]», delimitación objetiva y subjetiva referida al delito investigado, no a la medida interesada en sí, que será valorada atendiendo al principio de idoneidad.

Es doctrina consolidada aquella que proclama que las conocidas como *fishing expeditions* son contrarias a nuestro texto constitucional y que toda investigación que se realice debe partir de la investigación de un delito concreto, no siendo admisible que sea la propia vida de una persona el objeto de la investigación.

El hecho de que solamente se pueda autorizar el registro de dispositivos de almacenamiento masivo durante la investigación de un delito concreto no significa que el delito objeto de la investigación penal no pueda mutar si del resultado del registro se descubren nuevos hechos con apariencia delictiva o incluso que se abra un nuevo procedimiento[11].

10. Martínez Atienza, *Investigación tecnológica en los ciberdelitos*. Ediciones Experiencia, 2020. pág. 13.

11. Sobre todas estas cuestiones es de especial interés la lectura de Fundamento Segundo de la STS 908/2021, de 24 de noviembre (F. J.1º). «*1. El objeto y finalidad del proceso penal determina sin duda alguna la proscripción de la "inquisitio generalis", también llamada "fishing expedition", investigación o causa general.*

*Sin duda, el hecho objeto de investigación, con independencia de su complejidad, debe estar delimitado. No es posible iniciar procesos penales para investigar en general a una persona, un entero* ámbito *profesional o empresarial o un fenómeno social, por atroces o lamentables que puedan parecer.*

*La inquisitio generalis no tiene legitimidad constitucional aun cuando se realice con metas de prevención delictiva. La reacción de la maquinaria del Estado frente a posibles hechos delictivos no debe ser pretexto para una actuación irreflexiva y desproporcionada, pues solo cabe seguir un proceso penal, incluso desde su fase inicial de investigación, cuando existan indicios de la comisión de una infracción penal, sin que quepa su utilización en ausencia de tales indicios.*

*Como señala la doctrina, un Estado Constitucional repudia la inquisitio generalis o la búsqueda a toda costa de algún tipo de responsabilidad de una persona, ya que genera persecuciones indeterminadas, pesquisas arbitrarias y no sujetas a control jurídico alguno. Existe la proscripción de investigaciones o práctica de pruebas ajenas a lo que es materia de investigación.*

*En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado en varias ocasiones (SS 32/1994, de 31 de enero; 63/1996, de 16 de abril; 41/1998, de 24 de febrero y 87/2001, de 2 de abril; 126/2001, de 4 de junio), que un proceso penal instrumentado para la "inquisitio generalis" no es compatible con nuestra Constitución. En la STC 87/2001, de 2 de abril señala que la "inquisición general" es "incompatible, ciertamente, con*


ISSN: 2951-844X

b) **El principio de idoneidad.**

Escuetamente, pone de relieve la norma procesal que el principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo de la medida; la idoneidad será en este caso la utilidad de la medida para la investigación del delito, y sirve de límite para evitar medidas intrusivas que sirvan a fines distintos al de la investigación del delito por el que se siguen diligencias y para evitar que se sacrifiquen derechos fundamentales del investigado y de terceras personas cuando ello no vaya a reportar beneficio alguno a la investigación, así la idoneidad servirá para «determinar la extensión con la que decreta la medida, en lo relativo tanto al sujeto investigado, a los sujetos que pudieren verse afectados y a su duración»[12]. «Una de estas reglas generales es que toda intervención debe ser útil para la comprobación de un delito concreto, por lo que el juez a la hora de autorizar la injerencia debe determinar su ámbito objetivo y subjetivo. La idoneidad significa que la medida ha de acordarse cuando quepa esperar resultados útiles para la investigación (STS 641/2014)»[13].

c) **El principio de excepcionalidad.**

La nota de excepcionalidad conlleva que la medida que se pretenda utilizar no suponga un medio normal y habitual de investigación[14], por lo que la LECrim en su redacción actual exige que se exponga en el auto que autorice la medida la ausencia de otros medios de investigación menos restrictivos para los derechos fundamentales del investigado y que sean igualmente útiles. En la práctica se puede observar que en los oficios policiales en los que se solicitan este tipo de medidas se exponen qué otro tipo de medidas han sido utilizadas (o tratado de ser utilizadas) y el motivo por el que estas ya no pueden ser empleadas y debe recurrirse a estos otros medios más intrusivos.

d) **El principio de necesidad.**

Directamente relacionado con la nota de excepcionalidad, con la que comparte contornos, motivo por la cual la LECrim las regula en el mismo apartado del artículo 588 bis a., la de necesidad supone que el auto que autorice la medida deberá exponer las razones por las cuales «el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida». No podrán autorizarse, por tanto, medidas de investi-

*los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española".*
*Sobre este particular también ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en sentencia núm. 521/2015, de 13 de octubre, en la que con cita y remisión expresa a la sentencia núm. STS 228/2013, de 22 de marzo, señala que "La investigación directa de los hechos con una función que es en parte inquisitiva y en parte acusatoria -dirigida frente a una determinada persona- es la que pueda considerarse integrante de una actividad instructora. Para ello la simple notitia criminis es suficiente para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito (SSTC. 169/90, 32/94). La finalidad a que ha de tender toda instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 LECrim.)....*
*...Por tanto, la notitia criminis puede tenerse por un presupuesto o procedibilidad del proceso penal, en la medida en que éste condiciona su inicio a la existencia de un hecho o conjunto de hechos concretos y de fisonomía delictiva, bien entendido que debe tenerse en cuenta que el uso de los poderes inquisitivos que la LECrim, coloca en manos del Instructor puede abocar al descubrimiento de hechos distintos de aquellos que dieron lugar a la incoación del proceso y/o a la implicación de personas distintas de aquellas sobre las que inicialmente recayeron las sospechas. En estos casos aquellos poderes comprenderán también estos otros nuevos hechos, así como las posibles personas implicadas en su comisión».*

12. Castillejo Manzanares, «Alguna de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 45, 2017, pág. 33.
13. STS 634/2019, de 19 de diciembre (F. J. 1.º).
14. STS 156/2012, de 29 de febrero (F. J. 1.º):
*«De la nota de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial —normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas—, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica, por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional, riesgo sobre el que esta Sala ha llamado la atención varias veces. SSTS 998/2002; 498/2003; 182/2004 y 1130/2009».*

gación tecnológicas para consolidar el contenido obtenido por material probatorio con el que ya se contaba, sino cuando es el propio avance de la investigación el que está en juego y este no puede producirse sin que se practique la diligencia interesada[15].

e) **El principio de proporcionalidad.**

El principio de proporcionalidad no sirve sino para valorar que «el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros», lo que exige de la autoridad judicial un ejercicio de ponderación en el que deberá valorar todas las circunstancias del caso; el art. 588 bis a.5 LECrim nos indica que para «la valoración del interés público se basará en 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». Nos recuerda el Tribunal Constitucional en su STC 55/1996, de 28 de marzo (F.J.3.º)[16] que la proporcionalidad siempre debe ponerse en relación con la afectación de derechos fundamentales, por lo que no es correcto alegar la vulneración del principio de proporcionalidad de forma autónoma, sino que deberá primero acreditarse qué sacrificio de derechos fundamentales se ha producido para, posteriormente, valorar si en el caso concreto el sacrificio encontraba justificación en el fin perseguido y los medios empleados; así mismo, también nos indica que de forma excepcional también podrá alegarse la vulneración de otros derechos constitucionalmente reconocidos. La principal diferencia, a mi juicio, será el alcance procesal de la vulneración, encontrándonos en el primer lugar en el terreno de la ilicitud probatoria; y en el segundo, en el de la mera irregularidad, con regímenes distintos cuyo análisis se excede de los márgenes en los que se encuentra el presente trabajo.

## 2. El acceso a dispositivos incautados con ocasión de una diligencia de entrada y registro

La LECrim se preocupa de diferenciar entre aquellos supuestos en que el dispositivo cuyo registro se pretende sea aprehendido durante un registro domiciliario y aquellos en los que la incautación se produzca fuera del domicilio del investigado.

Según la Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, antes de la reforma operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, «el modo habitual de proceder era el de considerar amparado su registro por la resolución judicial que autorizaba la entrada en el domicilio del investigado y el registro de los libros, papeles y demás documentos del mismo que pudieran tener relación con el delito»; no pudiendo compartir esta afirmación, al menos

15. Sobre el desarrollo de tales principios en la investigación de los delitos de terrorismo, y particularmente, respecto de principio de necesidad puede consultarse Sánchez Gómez, *El derecho de defensa en la investigación de los delitos de terrorismo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 231 a 248.

16. Esta apelación genérica al principio de proporcionalidad exige alguna precisión en orden a fijar el objeto exacto y los términos precisos en los que debe desarrollarse el presente proceso constitucional. En primer lugar, debe advertirse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales -y en particular de los aquí invocados- y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida *ésta* afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: solo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos, cabrá declarar la inconstitucionalidad.
El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/82, f. j. 5º); 66/85, f. j. 1º; 19/88, f. j. 8º; 85/92, f. j. 5º; 50/95, f. j. 7º).
(…)
Esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, como queda dicho, siempre deberá indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción.

rechazando que esta fuese la línea jurisprudencial dominante, pues la LO 13/2015, de 5 de octubre, no hace sino positivizar los requisitos que había establecido la jurisprudencia con anterioridad, siendo así que ya en la propia STS 342/2013, citada anteriormente y citada en la propia Circular, se indicaba expresamente que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado no habilitaba para el registro de los dispositivos allí hallados[17].

De cualquier modo, la reforma de 2015 prevé la obligatoriedad de una motivación individualizada para poder acordar esta medida sin que la norma haga referencia alguna a si debe formar un apartado distinto dentro de la propia autorización de la entrada domiciliaria o si debe ser una resolución distinta.

A nuestro modo de ver, aunque razones de eficiencia procesal aconsejan introducir esta autorización y motivación dentro de un apartado contenido en el mismo auto que autorice el registro domiciliario, una resolución autónoma garantiza que todos los argumentos empleados sean genuinos y evita el trasvase de argumentos y la motivación por remisión a motivos anteriores expuestos para autorizar la entrada en el domicilio.

En casos en que no se haya autorizado expresamente el registro de dispositivos y durante la entrada en el domicilio estos aparezcan, podrán ser incautados, si bien, para poder proceder a su registro, este deberá posteriormente ser autorizado por el juez competente (art. 588 sexies a.2 de la LECrim). Todo ello sin perjuicio de los supuestos de urgencia y de consentimiento del investigado.

## 3. El acceso a dispositivos incautados fuera del domicilio

El art. 588 sexies b) de la LECrim extiende la obligación de recabar autorización judicial a aquellos casos en los que se pretenda acceder a dispositivos incautados con independencia de un registro domiciliario, aunque con una dinámica distinta.

En este caso, la LECrim prevé que la autorización para el registro sea posterior a la incautación del dispositivo; en el caso anterior, se podía autorizar el registro de aquello que aún estaba por individualizar siempre que estuviera dentro del ámbito objetivo y subjetivo de la medida autorizada por el Juez.

Este régimen en el que primero se descubre qué dispositivos existen y posteriormente se autoriza el registro de cuantos se consideren de interés, podía perfectamente haber sido el previsto para los supuestos de registro con ocasión de entrada domiciliaria; no se termina de entender del todo el motivo de crear esta dualidad cuando además esta sería más garantista con el derecho del investigado a la exclusión de su entorno virtual, pues la labor previa de identificación de los dispositivos encontrados permitirá que se excluya del registro aquellos cuyo análisis se pueda prever inidóneo para clarificar los hechos o innecesario para proseguir la investigación.

Sobre el proceder marcado por la norma, el criterio de la FGE, según su Circular 5/2019, de 6 de marzo, es que, aunque «la previsión literal del precepto alcanzaría únicamente a los casos en los que se haya producido la previa aprehensión del dispositivo, solicitándose posteriormente autorización judicial para su registro, no existe inconveniente en interpretar que también resultará aplicable cuando la resolución judicial preceda a la incautación». No puede compartirse esta interpretación de una norma cuya literalidad marca una temporalidad muy clara y no hace sino garantizar una correcta labor fijación de los términos, alcance y garantía de los registros, en unos supuestos en los que durante el momento de la incautación la norma guarda silencio sobre la presencia del fedatario público judicial.

Esto último será especialmente interesante en los casos de incautación de equipos tecnológicos que no almacenan datos en su interior, sino que trabajan con datos almacenados en la nube, pudiendo ser los archivos eliminados remotamente en caso de demora en su acceso, incidiendo Portal Manrubia[18] en que el uso por parte de los investigados de estos sistemas de *cloud computing* «puede comportar dificultades para la investigación. A este respecto,

17. Según la ponencia de la Sala: *«(…) tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante. Y esa autorización no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el* órgano *jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías (…). La necesidad de que toda resolución judicial llamada a legitimar un acto de injerencia en los derechos fundamentales del investigado sea interpretada conforme a su estricta literalidad, forma parte de las notas definitorias de nuestro sistema constitucional. En esta materia no caben las interpretaciones extensivas ni la elasticidad como fuente inspiradora a la hora de delimitar los exactos términos de la autorización concedida*.

18. Portal Manrubia, «La incorporación de los dispositivos de almacenamiento masivo en el procedimiento penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2019, p. 17.

el aparato informático objeto de la incautación puede procesar con un software remoto no instalado, amén de la gran cantidad de datos digitales que pueden ser almacenados y obtenidos, velozmente, a partir de una mínima interacción con el proveedor. La adquisición de los datos digitales se efectúa de modo dinámico mediante la conexión a internet, pudiendo ser modificados y borrados con facilidad, sobre todo si se quiere compartir la información con otros usuarios».

En estos casos, una autorización previa que permita el acceso al dispositivo en la nube «siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este», servirá de gran ayuda a los investigadores. En caso contrario, los investigadores podrán valerse de la facultad que les otorga el art. 588 octies de la LECrim hasta conseguir recabar una ampliación de la autorización[19].

## 4. Términos y alcance del registro

El art. 588 sexies c) de la LECrim impone al juez la obligación de fijar los términos y alcance del registro, así como fijar las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y garantizar la eventual práctica de un informe pericial.

Conforme el apartado segundo del precepto indicado, la regla general será que no se proceda a la incautación de los dispositivos siempre que pueda realizarse una copia de su contenido en condiciones que aseguren la autenticidad e integridad de los datos y la incautación pudiera causar grave perjuicio a su titular, a menos que estos dispositivos constituyan el objeto o instrumento del delito. Es decir, la regla general es que se trabaje sobre copias en lugar de sobre el propio dispositivo, lo que, además, es la opción más aconsejable a efectos de poder garantizar la exactitud de los datos analizados.

La LECrim guarda silencio sobre la forma en que deberá llevarse a cabo la medida, renunciando incluso a establecer pautas generales, por lo que la forma en que se desarrolle la medida y el sistema de garantías debe ser establecido por el juez de instrucción, no faltando en la doctrina y la jurisprudencia proposiciones sobre formas correctas de practicar la diligencia.

Según Fernández-Gallardo[20], la obligación de concretar los términos y alcance del registro conlleva que el auto autorizante «habrá de concretar, entre otros extremos, si se autoriza la realización de un clonado o volcado, que consiste en la realización de una «copia espejo» o bit a bit de la información original, o bien la realización de una copia lógica, es decir, una copia selectiva de ciertas carpetas o ficheros», indicando que será aconsejable su clasificación por titularidad y clase de dato, lo que no parece tarea fácil si no se cuenta con la colaboración del sujeto pasivo de la medida y los dispositivos son de uso compartido.

En la práctica no es extraño el uso de softwares como *Autopsy* y similares que sirven para rastrear la ubicación de la información de interés dentro del contenido de una memoria, sirviendo a los agentes encargados del registro tanto para poder hallar la información concreta necesitada de forma rápida como para minimizar la intensidad del sacrificio de la privacidad e intimidad del investigado; esto servirá tanto para realizar las copias lógicas como para analizar mejor el contenido de los volcados.

Asimismo, sobre el aseguramiento de la integridad de los datos, debe tenerse en consideración que no serán las mismas garantías en caso de clonado que en caso de copia lógica. Es aconsejable realizar dos copias, una para su análisis y otra para su custodia por el letrado de la Administración de Justicia, siendo indiferente el tipo de copia ante el que nos encontremos.

De la integridad de los datos en caso de volcado, el AAP de Badajoz 271/2020, de 5 de octubre, ECLI:ES:APBA:2020:331A (F.J.2.º), sostiene que «La conservación de la cadena de custodia de una prueba informática es posible mediante el código "hash" de cada una de las evidencias intervenidas, en el mismo momento en el que le son incautadas al investigado o, si esto no es posible, que las pruebas sean precintadas, etiquetadas, inventariadas y almacenadas para su posterior volcado y el cálculo de su código "hash" ante funcionario policial o letrado de la Administración de Justicia. Además, el cálculo del código "hash" deberá producirse evitando en todo momento que éste se conecte a la red, aislándolo para ello con una " jaula de Faraday"».

19. Prevé el citado precepto que «[e]l Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión con arreglo a lo dispuesto en los artículos precedentes».

20. Fernández-Gallardo, «Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información», *Dereito revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 25, núm. 2, 2016, pp. 15-17.

El *hash* es un código con una longitud de 40 caracteres de muy diverso tipo, generado mediante algoritmos, con los que se identifican grupos de datos, modificándose este código en caso de haber alguna modificación en los mismos[21]. Advierte Fernández-Gallardo[22] que el mero hecho de conectar la memoria con la copia a un ordenador ya puede alterar el *hash*, por lo que deberán utilizarse en el análisis de los datos equipos que bloqueen la posibilidad de escritura para, así, asegurar la coincidencia entre el original y la copia analizada. A pesar de todo, pueden observarse sentencias en las cuales la no coincidencia del código hash no determina necesariamente la invalidez de la prueba[23].

En caso de copias lógicas, en las que se procede primero a un análisis preliminar del contenido del dispositivo para una posterior selección de los archivos de interés, que son los únicos que serán copiados, también es posible garantizar su autenticidad mediante el *hash*; los problemas, en caso de haberlos, llegarán por otra vía.

En el caso de volcado de datos se parte de un todo en el que habrá tanto elementos de cargo como de descargo, en el caso de la copia lógica se parte de un proceso de selección en el que únicamente se garantizará la autenticidad e integridad de una serie de datos concretos. Quienes participen en el proceso de selección de datos deberán ser muy escrupulosos con el cumplimiento de la obligación de indagar tanto sobre las circunstancias adversas como sobre las favorables al investigado, derivadas del art. 2 LECrim[24], pues en caso de que la selección únicamente se preocupe de recabar material de cargo, el material de descargo no gozará de la garantía de autenticidad de que sí tendrá el que habrá de sustentar una eventual acusación. Por ello, varios autores y la FGE en su Circular 5/2019[25] han venido haciendo hincapié en lo altamente recomendable que se revela aquí la presencia del letrado de la Administración de Justicia durante el proceso de selección de los archivos y carpetas a copiar, añadiendo Fernández Rodríguez[26] que, en el caso de copias lógicas, se convierte en necesaria la presencia del investigado. En idéntico sentido, la Circular 5/2019 FGE señala que «cuando se lleve a cabo una copia selectiva de archivos deberá requerirse siempre su presencia, pues no se tratará de una simple diligencia de copia de archivos, sino que, en el propio acto, habrá que decidir también acerca de la selección de esos archivos, lo que requiere contradicción para garantizar el derecho de defensa del afectado». Según Sánchez Gómez[27], «[e]l contradictorio sobre la prueba concurre cuando se ha garantizado que las partes han podido hacer las observaciones pertinentes y adecuadas a su derecho», aunque en la práctica poco lugar habrá para la contradicción cuando la selección de archivos se realice directamente por la Policía Judicial. Esta problemática aparejada a las copias lógicas, cuya solución no es sencilla sin cambios legislativos, a la que debe añadírsele la línea del TS en relación a la imposibilidad de presumir la existencia de vulneraciones de derechos fundamentales cuando se desconocen las circunstancias en las que se desarrollan las diligencias[28],

21. SAN 9/2022, de 31 de marzo (F.J.3.º), afirma que la «firma hash es el resultado de la aplicación de un algoritmo matemático que se supone irreversible. Se hace esta firma para decir que un dispositivo o que un fichero tiene una huella dactilar, algo que es único para este dispositivo en el momento de realizarlo y, en el supuesto caso de intentar alterar este dispositivo, se puede comprobar con esta huella digital que ha sido alterado este fichero, dispositivo o imagen al que se haya aplicado el hash».
22. Fernández-Gallardo, «Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información», *Dereito revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 25, núm. 2, 2016, *ob. cit.,* pág. 17.
23. Por ejemplo, la SAP Madrid 323/2020, de 9 de julio.
24. La STC 136/1992, de 13 de octubre, señala que «es preciso recordar, por lo que se refiere a esta concreta cuestión, de una parte, que la instrucción supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias, tanto adversas como favorables al imputado (art. 2 LECr.), y de otra, que para garantizar la independencia judicial surge en la esfera del proceso la abstención y recusación, con el fin de evitar la privación en los órganos jurisdiccionales de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad o de neutralidad (SSTC 47/1982 y 44/1985, entre otras muchas)».
25. Expone la Circular que «la mejor forma de garantizar qué se copia, cómo se copia y la integridad de la copia, será su realización a presencia y bajo la fe del letrado de la Administración de Justicia».
26. Fernández Rodríguez, «Algunas consideraciones a partir de la regulación del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información», *Diario La Ley*, núm. 9433, Sección Tribuna, de 11 de junio de 2019.
«Aunque la presencia del interesado no sea necesaria para llevar a cabo el copiado de los datos, si la práctica se realiza durante una diligencia de entrada y registro sería lógica la permisión para presenciar el copiado y se convertiría en necesaria cuando se haga una copia selectiva de los archivos».
27. Sánchez Gómez, *El derecho de defensa en la investigación de los delitos de terrorismo*, ob. cit., pág. 245.
28. Por todas, STS 201/2022, de 3 de marzo de 2022 (F.J.5º):
«*Esta Sala Segunda, en sentencias 362/2011, de 6-5, 628/2010, de 1-7, 406/2010, de 11-5, 6/2010, de 27-1, que la premisa de la que se quiere partir -implícita pero evidente- que no puede admitirse es que, en principio, hay que presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegitimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario.*
*Ello supondría la paradoja de que mientras que tratándose de los acusados ha de presumirse su inocencia, en tanto no se prueba su culpabilidad (art. 29.2 CE), a los Jueces y Tribunales, en el mismo marco procesal, ha de resumírseles una actuación contraria a la Constitución a las Leyes en tanto no se prueba que han actuado conforme a Derecho. Frente a tal premisa, hemos de afirmar que en el derecho a la presunción*

lleva a desaconsejar la práctica de este tipo de copias si no se quiere colocar al investigado en situación de indefensión, pues el legislador ha decidido voluntariamente encomendarse al acierto del juez en la determinación de los términos del registro y la fijación de garantías.

No existe un solo tipo de autorización judicial para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y cada tipo tiene unas exigencias específicas que determinará una mayor o menor exhaustividad en la fijación del término y alcance del registro. Se pueden resumir los tipos de autorización en: a) autorización previa incautación, b) autorización posterior a la incautación, c) ampliación de una autorización anterior y d) convalidación de un registro de urgencia.

a) **Autorización previa incautación.**

En estos casos, el auto que se dicte deberá prever los tipos de dispositivos que puedan ser hallados y la posibilidad de que algunos de los dispositivos que se intervengan puedan actuar conectados a la nube, a bases de datos o en sistemas de mensajería online. Este tipo de resoluciones deberán ser muy exhaustivas y englobar gran cantidad de supuestos, pues recuérdese que la ya varias veces citada STS 342/2013 incidía en la exigencia de que «toda resolución judicial llamada a legitimar un acto de injerencia en los derechos fundamentales del investigado sea interpretada conforme a su estricta literalidad, forma parte de las notas definitorias de nuestro sistema constitucional. En esta materia no caben las interpretaciones extensivas ni la elasticidad como fuente inspiradora a la hora de delimitar los exactos términos de la autorización concedida». En virtud de lo anterior, no será posible extender el registro a dispositivos o sistemas informáticos cuya existencia no haya sido prevista en la autorización judicial. La resolución, a fin de evitar el excesivo sacrificio de los derechos fundamentales del investigado, deberá especificar que únicamente podrá extenderse a los dispositivos que previsiblemente puedan estar relacionados con la perpetración del hecho delictivo o a aquellos en los que se puedan pruebas de su comisión.

b) **Autorización posterior a la incautación.**

En estos casos, una vez que al juez le llega la solicitud de registro, este ya conoce qué bienes concretos han sido hallados y estos han sido debidamente individualizados y clasificados; no conoce su contenido, pero sí conoce sus características técnicas, el lugar concreto en el que fueron hallados, etc., lo que le permitirá evaluar *ex ante* qué tipo de datos podrá obtener de cada uno de los dispositivos. Según el artículo 588 sexies.b de la LECrim, una vez se haya dado cuenta al juez de los efectos incautados, si «éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización». El hecho de que el legislador haya impuesto al juez la labor de valorar qué posible contenido puede albergar los dispositivos y solamente autorizar los registros indispensables supone una garantía más para el investigado, pues de este modo se ayuda a minimizar la intensidad de la injerencia.

c) **Ampliación de una autorización anterior.**

La prohibición de extender los límites de la autorización ha llevado a que el legislador se ocupe de aquellos casos en los que la autorización judicial no cubre el registro de alguno de los dispositivos que puedan llegar a incautarse o de otros sistemas en los que se sospeche que puedan encontrarse alojados los datos de interés (arts. 588 sexies.a.2 y 588 sexies.b.3 de la LECrim). En los supuestos de necesidad de ampliación, surgirá habitualmente el problema de tener que determinar si nos encontramos ante supuestos de urgente necesidad que requieren una actuación inmediata o si puede esperarse a recabar la ampliación de la autorización. La potestad que otorga el art. 588 octies de la LECrim tanto al Ministerio Fiscal como a la Policía Judicial para que puedan ordenar la conservación de datos alojados en sistemas informáticos de almacenamiento, unida a la de poder permanecer los

*de inocencia ni el principio "in dubio pro reo", que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las Autoridades son, en principio, ilícitas e ilegitimas. El principio de presunción de inocencia no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos.*

*En efecto la nulidad de los actos procesales sólo puede basarse en algunas de las causas estrictamente reguladas en el art. 238 LOPJ con la consecuencia de la perdida de efectos que tratándose de la vulneración de derechos fundamentales, impone el art. 11 de la misma ley. Sin embargo, declarar la nulidad de unas escuchas porque la legitimidad de la obtención del número telefónico no puede presumirse, supone crear una categoría inédita en nuestro sistema procesal. Estaríamos ante la creación jurisprudencial de la creación jurisprudencial de la nulidad presunta, aquélla predicable de actos limitativos de derechos, aparentemente válidos, pero a los que privamos de efectos al no constar la legitimidad de otro acto precedente*».


ISSN: 2951-844X

dispositivos incautados hasta recabar la debida autorización, minimiza el riesgo de perder información durante el tiempo que transcurra entre la solicitud de ampliación y la respuesta por parte del juzgado, por lo que entiendo que la urgente necesidad deberá venir marcada por las circunstancias concretas del caso y no por las características de los dispositivos.

d) **Convalidación de un registro de urgencia.**

La norma distingue dos supuestos distintos en los cuales se podrá proceder al registro de urgencia sometido a posterior convalidación judicial. Ni los tribunales ni la doctrina han tratado de definir qué debe entenderse por urgente a estos efectos, quizá tampoco sea conveniente crear definiciones que encorseten aquello que debe adaptarse al caso concreto; lo que sí ha venido indicando de forma reiterada el TC es que la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante*, y es susceptible de control judicial *ex post*. Además, la constatación *ex post* de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales.

En el apartado tercero del artículo 588 sexies c) de la LECrim se prevé la posibilidad de acceder de urgencia, durante la ejecución de un registro de dispositivos, a los sistemas informáticos en los que se puedan encontrar alojados los datos de interés para la investigación a los que se pueda acceder «por medio del sistema inicial o estén disponibles para este». El punto de partida es una resolución judicial previa que, por no prever que el dispositivo registrado pudiera estar conectado a otro sistema informático, necesitaba ser ampliada; es decir, existe un defecto en la fijación del término y alcance del registro. En este caso, la ampliación podrá ser autorizada por la Policía Judicial o por el fiscal, y se deberá dar cuenta al juez de forma inmediata, con un límite máximo de 24 horas, debiendo el juez revocar o confirmar la actuación en las 72 horas siguientes a ordenarse la interceptación.

En el caso del apartado cuarto del mismo artículo el supuesto de hecho es distinto, no ha habido fijación alguna y la deberá realizar la propia Policía Judicial. Se trata ahora de dar validez a la entrada en el proceso ve la información obtenida en un registro de los dispositivos sin solución de continuidad con su incautación. Existirán situaciones en las que, para la prosecución de un «fin constitucionalmente legítimo»[29], será absolutamente imprescindible acceder a los dispositivos del sujeto pasivo de la medida en el mismo momento en que se le detiene. Pueden imaginarse muchos escenarios en los que la respuesta inmediata de las autoridades conseguirá salvar la vida de otras personas o proteger otros muchos derechos e intereses de terceros que, tras la debida ponderación, deben primar sobre el derecho de exclusión del entorno virtual del investigado. Será la Policía Judicial la que realice el examen directo del dispositivo, dando cuenta al juez de forma inmediata, con un límite máximo de 24 horas, debiendo el juez revocar o confirmar la actuación en las 72 horas siguientes a ordenarse la medida.

Será la autoridad policial (también podrá ser el fiscal en el caso del art. 588 sexies c) 3 de la LECrim) la que deba analizar si se dan todos los presupuestos para acordar el registro de los dispositivos y equipos, además del requisito de urgente necesidad, motivándolo en el oficio que se remita al juzgado. Algunos autores como Arrabal Platero[30] vienen denunciando el peligro que supone esta habilitación para casos de urgente necesidad, pues aunque

29. La Circular 5/2009, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado refiere que *«el interés constitucionalmente legítimo enlaza, como señala la Circular 1/2013, con el art. 8.2 del CEDH que, para la admisibilidad de la injerencia de la autoridad pública en el derecho a la vida privada, considera necesario que la medida persiga a alguna de las siguientes finalidades: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. De entre ellas, señala la lucha contra el delito como la que dará normalmente cobertura a la actuación policial. La STC n.º 207/1996, de 16 de diciembre, considera como intereses constitucionalmente legítimos para la limitación de derechos fundamentales, la actuación del ius puniendi del Estado, la investigación de los delitos y la determinación de hechos relevantes para el proceso penal y, la STS n.º 133/2016, de 24 de febrero, con cita de la STC n.º 115/2013, establece:* «la *actuación de los policías en el marco de la investigación de un delito y el descubrimiento de los delincuentes,* «constituye *un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1*».

30. Véase Arrabal Platero, «La incorporación al proceso de las evidencias obtenidas de equipos informáticos y de dispositivos de almacenamiento masivo de información. El expurgo del contenido irrelevante», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías.* N.º. 56, 2021 cuando refiere que *«esta legitimación (inicial o de ampliación de la medida) sin previo control del juez reduce notablemente la garantía constitucional del examen de su proporcionalidad, motivo por el cual ha sido muy criticada por la doctrina. Y ello porque puede darse la situación en la que los agentes accedan a los datos de un ordenador sobre la base de motivos de urgencia que posteriormente no sean convalidados judicialmente. Esta información, aunque no puedan configurarse como material probatorio, puede servir para avanzar en la investigación de una manera fraudulenta*».

no se produzca la posterior convalidación, ya se habrá avanzado en la investigación de forma fraudulenta. No puede compartirse esta afirmación a la luz de la jurisprudencia que delimita los efectos procesales entre la ilicitud y la irregularidad probatoria[31]. En el supuesto de que la prueba sea inválida, se considerará que esa información que se obtiene queda vetada para ser hallada por otros medios distintos. Esto no hace sino garantizar que, en el caso de que la urgente necesidad se utilice de forma fraudulenta, está vulneración de derechos fundamentales no podrá tener efectos procesales perjudiciales para el investigado.

## 5. El consentimiento del investigado

Supone la excepción a la obligación de contar con resolución judicial habilitante. La LECrim nada dice respecto a la validez de un posible consentimiento del investigado para la práctica de la diligencia, si bien esta era una posibilidad que la doctrina del Tribunal Constitucional venía admitiendo, por ejemplo, en la ya citada STC 173/2011, por lo que debe entenderse que el hecho de que la nueva regulación guarde silencio al respecto no implica que no puedan realizarse registro de dispositivos únicamente amparados en el consentimiento del investigado.

Únicamente surtirá efectos el consentimiento válido. Lo analiza Sánchez Gómez[32] conectando esta cuestión con el consentimiento para el registro domiciliario, expresamente previsto en el artículo 18.2 de la CE y destacando los siguientes requisitos para su validez:

a) Deberá ser prestado por mayor de edad sin restricciones a su capacidad de obrar.
b) Solamente será válido el consentimiento consciente y libre, «lo cual requiere: i) que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; ii) que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; iii) que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial».
c) No se requiere que el consentimiento sea expreso, pero «[e]l consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición como, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio *in dubio libertas* y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona».
d) Ya haya sido otorgado de forma oral o escrita, debe estar documentado.
e) Si el dispositivo puede ser utilizado por más de un usuario, «debe prevalecer tanto los criterios jurisprudenciales de contraposición de intereses, como la imposibilidad de intervención ante la expresa negativa de algún usuario si no existiesen cuentas de acceso diferenciadas», con mayores dificultades si solamente existe una cuenta en el terminal.
f) No puede entenderse el consentimiento extendido a fines distintos del cual fue prestado.

31. Por todas, la STS 201/2022, de 3 de marzo (F.J.7.º) indica lo siguiente:
«*Por último, la interpretación que del art. 11.1 LOPJ ha hecho tanto el TC como esta Sala, permite sostener en nuestro ordenamiento un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, de manera que por definición se concibe otra suerte de ilicitud probatoria, simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 CE) (STS 6/2010, de 27-1).*
*Las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son sin embargo apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y sobre todo de la indefensión provocada (art. 238.1 LOPJ).*
*La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación la llamada en el* ámbito *anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado ("the tainted fruti") o genéricamente, doctrina de los "frutos del* árbol *envenenado (the fruti o the poisonons tree doctrine") mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, por lo dispuesto en el art. 242 LOPJ, y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia.*
*Esta diferencia se resuelve en la práctica, por tanto, en la posibilidad de recuperación del material probatorio evidenciado por la prueba irregular, mediante su conversión en algún otro tipo de prueba subsidiaria, generalmente la testifical o la confesión, a modo de subsanación, posibilidad que es impensable en el caso de prueba ilícita*».

32. Sánchez Gómez, *El tratamiento integral de la entrada y el registro en el marco del proceso penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 168 y ss.

Un buen ejemplo práctico sobre la aplicación de los requisitos anteriormente expuestos lo encontramos en la SAP Madrid 353/2020, de 24 de septiembre (F.J.2.º), en la que se absuelve a quien había sido condenado en primera instancia por un delito contra la propiedad intelectual, al entender que se había vulnerado su derecho de exclusión del entorno digital por ausencia de consentimiento válido por las circunstancias del ambiente en el que el mismo se prestó:

> «(…) no puede llegar esta Sala a la conclusión de que el acusado consintiese que la Policía Municipal se llevasen los discos duros del ordenador y mucho menos que se accediese al contenido del mismo, como tampoco que ofreciese un consentimiento valido al acceso a los propios ordenadores para extraer la información sobre los sistemas operativos de los mismos y ello por cuanto, no consta en la causa ningún consentimiento expreso del acusado y tampoco se desprende de las declaraciones prestadas, tanto por el acusado como por los policías municipales, que consintiese tácitamente el mismo, pues lo que ha asegurado el acusado y también los Policías, es que los citados agentes policiales acudieron al locutorio propiedad del acusado y le informaron de que se iba a realizar una inspección rutinaria del mismo, no diciendo nada al respecto el acusado, si bien en el trascurso de dicha inspección rutinaria, por los policías actuantes se accedió a los ordenadores, tras decirle al acusado que desbloquease las pantallas, que se hallaban bloqueadas, para poder acceder a los mismos, haciéndolo así el acusado, y tras el examen policial de los ordenadores para extraer la información sobre el sistema operativo de los mismos, le dijeron que se llevaban los discos duros y se los llevaron.
>
> (…) no puede entenderse, del modo que se produjo la inspección del locutorio, que el consentimiento del acusado se realizase de manera tácita de forma inequívoca y libre, al no serle preguntado por dichos agentes policiales sobre si consentía el acceso a los ordenadores, ni informado de la investigación que estaban llevando a cabo sobre la posible comisión de un delito, en este caso, contra la propiedad intelectual por parte del mismo, limitándose el acusado a obedecer los mandatos policiales, encontrándose en el interior del local tres policías municipales, que indudablemente configura un entorno ambiental que aminora la serenidad del acusado. Sin que la falta de oposición signifique en todos los casos consentimiento tácito. (STS de 287/19 de abril de 2017). Y no consta que prestase verbalmente el mismo en el atestado policial, debiéndose resolver en cualquier caso la duda (que no se ha generado en este caso) en favor de la no autorización».

# III. LOS INTERVINIENTES EN LA MEDIDA

Tan importante como que la medida sea autorizada o convalidada judicialmente atendiendo a los principios enumerados en la norma y enunciados desde antiguo por el TC es que en el diseño de la ejecución de la medida se seleccionen a los actores correctos y se les asigne el mejor papel posible dentro del marco de medidas para asegurar las garantías del procesado y la integridad de los datos.

Así, resumidamente, la autorización judicial deberá designar a los agentes de las unidades de Policía Judicial que han de ejecutar la incautación y registro, establecer en qué momentos deberá intervenir el fedatario público judicial, otorgar al investigado la posibilidad de contradicción en casos de realización de copias selectivas y dar la oportunidad a su defensa letrada de asesorarle acerca de las consecuencias de un eventual consentimiento. Por último, con relación a las personas que intervienen, no puede olvidarse que cualquier persona distinta del investigado y las personas dispensadas de declarar contra este están obligadas a atender los requerimientos de la autoridad para colaborar en el acceso a los dispositivos y sistemas de almacenamiento de datos.

## 1. Policía Judicial

Los artículos 588 bis b) 2.5.º y 588 bis c) 3 d) de la LECrim exigen que tanto la resolución judicial que autorice la medida como la solicitud previa del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial indiquen cuál ha de ser la «unidad investigadora de la Policía Judicial» que se hará cargo de la intervención. Para poder completar, este concepto deberá acudirse a los artículos 29 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS) y a Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial (RDPJ). Las unidades de Policía Judicial se formarán atendiendo a criterios territoriales y de especialización delictual, pudiendo quedar total o parcialmente adscritas a determinados juzgados, tribunales o al Ministerio Fiscal (art. 30 de la LOFCS), dependiendo orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los juzgados, tribunales o Fiscalía que conozca del asunto objeto de su investigación (art. 31 de la LOFCS). Las unidades se formarán, como regla general, con la provincia como base territorial, si bien podrán crearse unidades de ámbito superior a la provincia por razones de especialización delictual o de técnicas de investigación (art. 9 del RDPJ). Esta que se ha descrito es la que viene

denominándose como Policía Judicial en sentido estricto, si bien existirán otros cuerpos que entrarán dentro del concepto más amplio de Policía Judicial[33] que actuarán dentro de su propio ámbito.

La designación de la unidad que habrá de realizar la diligencia, que se encuentra dentro de las disposiciones comunes a las medidas de investigación tecnológica, entiendo que no debería ser de aplicación al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de datos por innecesaria y ser susceptible de causar problemas a la investigación. En el registro de dispositivos físicos de almacenamiento de datos, al contrario que ocurre con las demás medidas de investigación tecnológica, siempre han actuar varias unidades. Esto es un condicionante impuesto por su condición de medida plurifásica en la que actuarán unidades con muy distinta especialización; piénsese en todos los posibles intervinientes en caso de realizarse entrada domiciliaria, registro domiciliario, realización directa de copias y análisis de datos (que, presumiblemente, requerirá de apoyo de otras unidades con mayor especialización de ámbito superior al provincial en caso de imposibilidad de acceder a los datos si estos se encuentran protegidos).

Respecto a su carácter de innecesario, ninguna duda cabe de que en el resto de investigaciones tecnológicas es imprescindible que quede determinado desde un inicio quienes tendrán acceso a la información, pues la misma se obtiene subrepticiamente, pero este no es el caso del registro físico de dispositivos de almacenamiento de datos en el que el investigado, desde el inicio, sabe que los equipos han sido incautados o se han realizado copias de los mismos en su presencia durante el registro domiciliario. Sobre su carácter de medida de control también se ha pronunciado la FGE en su Circular 1/2019, de 6 de marzo[34]. De igual modo, tampoco tiene mucho sentido que sea de aplicación el art. 588 bis d) de la LECrim, que impone el carácter de secreto de la medida, pues el investigado ya conoce la existencia de la instrucción judicial tras haberse producido una entrada en su domicilio o tras habérsele incautado sus bienes durante otra diligencia, así como es perfectamente conocedor del contenido existente en el interior de los dispositivos[35].

Sobre los problemas asociados, estos pueden provenir de: a) casos en los que en el auto no se autoriza a todas las unidades que intervienen; b) otro supuesto —habitual en la práctica— es que quien solicita la medida, por no pertenecer a la unidad que ha de analizar los datos, acaba teniendo que pedir un cambio de designación de unidad especializada, porque esta no puede hacer frente al encargo por ser de una complejidad tal que requiere de una unidad con mayor especialización[36] o por sobrecarga de trabajo. En el primer caso podría arrastrarse a la diligencia hacia su invalidez, por ser jurisprudencia consolidada aquella que ya ha sido expuesta relativa a la imposibilidad de extender los límites de una resolución judicial; a efectos prácticos, el criterio que seguirá el Ministerio Fiscal, según la Circular 1/2019 de la FGE, es que «[l]a omisión de este requisito, su deficiencia o error no debería tener trascendencia constitucional que invalidara la resolución, salvo que ese déficit de control judicial resultara incrementado por otras circunstancias». En el segundo, la solicitud del cambio de unidad llevará a demoras innecesarias en la práctica de una diligencia que en la gran mayoría de casos requerirá de la mayor agilidad en la obtención de resultados para poder continuar con la investigación.

Sobre la intervención de la Policía Judicial, apunta Castillejo Manzanares[37] hacia «la posibilidad de que esta medida se conceda asociada a la del agente encubierto informático que se ha regulado *ex novo* en el apartado 6.º del art. 282 bis LECrim», siendo este un agente de Policía Judicial que actúa en canales cerrados de comunicación «a modo de observador participante»[38] que podrá intercambiar archivos ilícitos y analizar los resultados de los algo-

33. Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala II de 14 de noviembre de 2003.
«PRIMERO: "el artículo 283 de la l.e. criminal no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación.
SEGUNDO: el servicio de vigilancia aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del art. 283.1 de la lecriminal, que sigue vigente conforme establece la disposición adicional primera de la lo 12/95, de 12 de diciembre sobre represión del contrabando. En el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de policía judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los jueces de instrucción y del ministerio fiscal.
TERCERO: las actuaciones realizadas por el servicio de vigilancia aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas"».

34. «La identificación de la unidad policial no venía siendo exigida por la jurisprudencia (en este sentido, STS n.º 1563/2005, de 24 de enero), constituyendo ahora una novedad. Su inclusión se justifica como un medio más de control».

35. Esta afirmación merece ser matizada, pues será perfectamente conocedor de la información aparente, no de la que se pueda extraer de archivos que creía borrados, historial de navegación, etc.

36. El propio RDPJ prevé en el segundo párrafo de su artículo noveno la creación de unidades con ámbito territorial superior al provincial «por razones de especialización delictual o de técnicas de investigación».

37. Castillejo Manzanares, «Alguna de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 45, 2017, *ob. cit*, p. 34.

38. Véase Sánchez Gómez, «El agente encubierto informático», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, vol. 4, núm. 118, 2016 págs. 1 a 25.

ritmos aplicados para la identificación de los mismos, lo que permitirá la posterior entrada en el domicilio de investigado y la incautación de los dispositivos con los que se sospecha que desarrolla su actividad delictiva.

## 2. Letrado de la Administración de Justicia

La norma no prevé la presencia del LAJ durante el registro de los dispositivos, lo que ha dado lugar a que casi todos los autores que han escrito sobre esta diligencia hayan tratado esta cuestión. La jurisprudencia anterior a la nueva regulación venía señalando que, durante el volcado, como mera copia de datos de un dispositivo a otro, se hacía innecesaria la presencia del LAJ; esta línea ha ido consolidándose con el paso de los años[39] y es perfectamente aplicable a la situación actual tras la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. En los supuestos de registros con ocasión de una entrada domiciliaria, sí estará el LAJ presente, aunque aquello no supondrá necesariamente que este vaya a estar presente durante el volcado, pues puede diferirse su realización, limitándose la entrada y registro a la incautación. Anteriormente, se expuso que es unánime en la doctrina la alta conveniencia de la presencia del LAJ para garantizar la autenticidad de las copias y que, aunque no existe un procedimiento reglado para el desarrollo de la diligencia[40], todos los autores que proponen procedimientos coinciden en que, de una forma u otra, debe intervenir garantizando la autenticidad de los datos.

El hecho de que la norma guarde silencio respecto a la intervención del LAJ no significa que esta no pueda llegar a ser obligatoria. Dependerá de la resolución que dicte el juez de instrucción. La LECrim le impone al juez la obligación de fijar «las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación» y los términos en los que se practique la diligencia, por lo que dentro del diseño que haga caso por caso de la intervención podrá fijar momentos puntuales en los que la presencia sea obligatoria y este deba levantar acta. Esto debe enlazarse con lo dispuesto en el artículo 588 bis.k.1 de la LECrim, dentro de las disposiciones comunes, que regula la destrucción de los registros e impone la obligación de conservar de copia del registro bajo custodia del LAJ. Esta previsión funcionará de distinta forma en esta medida, pues, de todas ellas, solamente el registro de dispositivos de almacenamiento de datos requiere la realización de copias desde el inicio. Imponiendo la LECrim que en todo caso deba existir una copia bajo custodia del LAJ, carecería de sentido que la copia que le llegue al LAJ sea remitida a través de los investigadores y sin la garantía de autenticidad que sí se tendría en caso de haberse obtenido la copia de forma inicial y en su presencia. Por ello, aunque tanto se ha escrito respecto a la no obligatoriedad de la presencia del LAJ durante la realización de copias, entiendo que esta obligación viene derivada de la puesta en relación de las especificidades de esta medida con la exigencia del artículo 588 bis.k.1 de la LECrim.

## 3. El investigado y su defensa

Aunque este punto tampoco ha sido regulado por la norma, es evidente su relevancia. La regla general será que el investigado se encuentre presente durante el momento de la incautación de los dispositivos y la realización de la copia si esta se realiza en el mismo acto ya que, en caso de registro domiciliario, el investigado habrá de estar presente (art. 569 de la LECrim) y en los demás casos será al investigado al que se le incauten directamente los dispo-

39. La STS 507/2020, de 14 de octubre, cita a su vez la STS 116/2017, de 23/02/2017:
*«No es discutible que la ruptura de la cadena de custodia puede tener una indudable influencia en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. De ahí que coincidamos con el recurrente cuando enfatiza su importancia desde la perspectiva de las garantías del proceso penal. Resulta imprescindible descartar la posibilidad de que la falta de control administrativo o jurisdiccional en las fuentes de prueba pueda generar un equívoco acerca de la autenticidad de los datos bancarios luego valorados. Lo contrario podría implicar una más que visible quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso justo.*
*Pues bien, la defensa condiciona la admisión de la autenticidad de esos archivos a unos presupuestos que en nada condicionan nuestra valoración. De una parte, lamenta que el volcado de esos datos, con carácter previo a su remisión a las autoridades españolas, se produjera sin intervención judicial. Sin embargo, mal puede exigirse a las autoridades francesas lo que ni siquiera es exigible en el territorio jurisdiccional español. En efecto, conviene recordar que la jurisprudencia de esta Sala no ha considerado que la práctica de las operaciones técnicas de volcado exija como presupuesto de validez, no ya la presencia del Juez, sino la presencia misma del Secretario judicial (cfr. SSTS 324//2013, 17 de julio; 480/2009, 22 de mayo; 256/2008, 14 de mayo y 15 noviembre 1999 -recaída en el rec. núm. 3831/1998).*
*Lo decisivo es que queden descartadas las dudas sobre la integridad de los datos y sobre la correlación entre la información aprehendida en el acto del registro e intervención de los ordenadores y la que se obtiene mediante el volcado*».

40. La regulación de la medida en la LECrim prácticamente se agota en los requisitos de la resolución judicial, dejando el desarrollo en manos del juez de instrucción en la fijación del término y alcance de la medida.

sitivos, teniendo siempre en estos casos la posibilidad de participar, colaborar, efectuar manifestaciones o negarse a todo ello. Caso distinto serán aquellos supuestos como el analizado en la SAP Barcelona 255/2019, de 6 de mayo, en donde es un tercero el que hace entrega de los dispositivos. Ya se expuso en el apartado relativo al término y alcance del registro que ha venido sosteniéndose, tanto por diversos autores como por la FGE, que la intervención del investigado es necesaria en los supuestos en los que se realicen copias lógicas a fin de que durante el proceso de selección de archivos no se le cause indefensión, permitiéndosele la contradicción en la selección de elementos a analizar. Cuando se realicen copias idénticas no parece razonablemente argumentable la necesidad de la presencia del investigado, al menos desde la perspectiva del derecho de defensa.

En lo que respecta al letrado del investigado, la LECrim no prevé su presencia en ningún momento durante la diligencia, únicamente siendo necesaria en casos en los que el investigado esté detenido y este deba prestar su consentimiento, tal como prevé desde el año 2015 el art. 520.6.c de la LECrim y venía requiriendo la jurisprudencia con anterioridad. Será el juez de instrucción en la resolución que fije las garantías para la realización de la diligencia el que diseñe un procedimiento con intervención del letrado o no, siendo conveniente que se encuentre presente en todas aquellas fases de la diligencia en las que se requiera algún tipo de actuación por parte del investigado. Realmente no existen razones para exigir que el investigado se encuentre asesorado antes de prestar su consentimiento para la medida cuando está detenido y no en el resto de casos. Según el art. 520.6.c de la LECrim, el fundamento es que el investigado conozca las consecuencias del consentimiento[41], no otras, y no cabe duda de que las consecuencias del consentimiento serán las mismas, tanto si está detenido como si no: se accederá a su entorno virtual y la información que se busque o casualmente se encuentre podrá ser utilizada en su contra. Siendo las consecuencias de la prestación del consentimiento las mismas en un caso que en otro, quizá sería conveniente arbitrar mecanismos para garantizar que quienes prestan su consentimiento para el registro de sus dispositivos conozcan previamente las posibles consecuencias de su asentimiento. No parece razonable exigir asistencia letrada para la prestación del consentimiento en todo caso, pero no debería ser admisible que un individuo sea requerido por la policía para mostrar o entregar el contenido de sus dispositivos sin haber sido informado previamente de su derecho a oponerse y de la posibilidad de que todo lo que sea hallado pueda ser utilizado en contra suya. Cabe recordar, por último, que las circunstancias ambientales en las que una persona presta su asentimiento a la exigencia de los agentes policiales pueden dar lugar a que el juez declare inválido el consentimiento otorgado[42].

### 4. El deber de colaboración

Dentro del apartado destinado a las personas que participan durante la ejecución de la diligencia no podía faltar la referencia a aquellas personas que por imperativo legal deben participar de forma activa, son aquellas obligadas por el llamado «deber de colaboración». Regulado en el art. 588 sexies.c.5 de la LECrim, este deber surge en el momento en que las autoridades y agentes encargados de la investigación ordenan a quienes conocen el funcionamiento del sistema informático o las medidas para proteger los datos alojados en ellos, que faciliten el acceso a los investigadores, so pena de incurrir en delito de desobediencia. Las únicas excepciones a este deber son: a) que la carga que supondría la colaboración con los agentes fuese desproporcionada; b) ser el investigado; c) estar amparado por el secreto profesional y d) ser alguna de las personas a las que la LECrim dispensa de la obligación de declarar por razón de parentesco.

## IV. LOS DATOS OBTENIDOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Una vez que se ha obtenido copia de los dispositivos de interés para la investigación y se ha procedido a su análisis, dos grandes dudas surgen sobre qué hacer con la información obtenida: 1) cómo incorporar esta a la causa, y

41. Art. 520.6.c de la LECrim:
«6. La asistencia del abogado consistirá en:
(…)
c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten».

42. En el apartado relativo al consentimiento se citaba la SAP Madrid 353/2020, de 24 de septiembre, en la que se declara nulo el consentimiento prestado por el factor intimidatorio del entorno en el que fue prestado, rodeado de tres agentes de policía que le daban órdenes a las que el investigado no se opuso.

2) qué información es la que debe tener entrada en la causa y, en su caso, cómo proceder al expurgo de información irrelevante.

## 1. Incorporación

Una vez que se obtiene la copia del contenido del dispositivo de almacenamiento de datos y se accede a los mismos, los resultados del registro deben poder entrar al procedimiento penal. Siguiendo a Delgado Martín[43] en su distinción entre «fuente/medio de prueba en el mundo digital», por un lado, estará el medio en el que se contenga el archivo digital (la fuente de prueba), cuya autenticidad e integridad quedará más o menos salvaguardada según el diseño de garantías que haya previsto el juez de instrucción en la autorización de la medida y del que se podrán extraer los ficheros de interés; y, por otro, el medio a través del cual dar entrada en la causa a la información contenida en los ficheros (el medio de prueba), señalando el autor que, en principio, todos los medios de prueba previstos en el art. 299 de la LEC «son aptos para incorporar al proceso los datos electrónicos»[44] y que las partes procesales deberán elegir un medio u otro «teniendo en cuenta la posición procesal que eventualmente puede adoptar la parte contraria» en atención a eventuales impugnaciones[45].

Apunta Magro Servet[46] que «la parte que desee proponer una prueba digital ante el juez instructor deberá identificar la fuente de la prueba para llevar al proceso el instrumento donde está la digital. No obstante, en muchas ocasiones, la fuente de prueba no es algo físico que se pueda presentar y/o aportar», lo que llevará a «tener que preconstituir la prueba digital para poder hacerla valer más tarde, siendo preciso que el legislador pueda recoger los medios, modos y formas por los que se puede preconstituir la prueba digital que es más fácil que otras que "desaparezca", lo que podemos hacer con anticipación de la prueba digital por medio del examen inmediato por el juez y levantarse acta judicial de lo que existe en ese medio digital, adveración por el letrado de la Administración de Justicia, o acta notarial respecto a lo que el notario comprueba y la ubicación en donde ese contenido concreto se encuentra», no necesitando de documentación aquellas pruebas también de carácter digital susceptibles de ser visionadas en juicio oral «como puede ser una grabación de imagen o sonido», que únicamente requerirá que la sala de vistas cuente con medios para su reproducción[47].

La información contenida en los dispositivos de almacenamiento deberá acceder a la causa de alguna de estas formas, a lo que deberá añadírsele que en el caso de la diligencia prevista en los arts. 588 sexies a) de la LECrim y ss., se elaborarán informes técnicos policiales con la consideración de informes periciales[48]. Según Gudín Rodrí-

43. Delgado Martín, «¿Cómo afrontar la complejidad de la prueba digital?», *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, núm. 2, 2019. Wolters Kluwer.

44. Debe recordarse que el art. 299 de la LEC prevé determinados medios de prueba convencionales, pero abre la puerta a que tengan entrada al proceso otros medios de prueba distintos a los previstos, previendo el art. 299.2 de la LEC que sean los propios «instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas» los que tengan entrada al procedimiento. El artículo los incluye dentro de la regulación de los medios de prueba y su admisión lo será como tal (no como fuente de prueba), pero no parece posible que los datos puedan entrar en la causa si no es mediante interrogatorios, testificales, periciales, documentos o reconocimiento judicial; siendo plenamente consciente el legislador de la situación actual de la prueba digital, prevé en el art. 384 de la LEC (en relación con el 382.2 de la LEC) la aportación de «dictámenes y medios de prueba instrumentales» para poder introducir los datos incluidos en archivos dentro del procedimiento, así como para hacer valer la autenticidad y exactitud de los archivos.

45. Según el autor, las implicaciones de la impugnación —o no impugnación— son muy distintas en la jurisdicción civil y en la penal. En la civil, «la falta de impugnación por aquel a quien perjudique determina un supuesto de prueba tasada: el documento hará prueba plena en el proceso en los mismos términos que los documentos públicos»; mientras que «[e]ste carácter de prueba tasada resulta difícilmente admisible en el proceso penal, de tal manera que la misma habrá de ser valorada por el Juez en relación con otros elementos de conformidad con la sana crítica ex art. 741 LECRIM. Otra cosa es que dicha falta de impugnación pueda facilitar la eficacia probatoria del documento».

46. Magro Servet, «¿Cómo aportar la prueba digital en el proceso penal?», *Diario La Ley*, núm. 9824, 2021.

47. Para lo que será recomendable aportar este medio de prueba con suficiente antelación a la celebración del juicio oral y no proponer la prueba al comienzo de las sesiones (art. 786.2 de la LECrim), a fin de evitar que la misma no pueda ser practicada por carecer la sala medios para la reproducción de audio y sonido.

48. Apunta también Portal Manrubia que en aquellos casos en que el agente que proceda a la incautación y volcado de los dispositivos sea el mismo que quien elabore posteriormente el informe, dicho agente podrá deponer tanto como testigo como perito. Así, en Portal Manrubia, «La incorporación de los dispositivos de almacenamiento masivo en el procedimiento penal». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 17, 2019, *ob. cit*, expone el autor que «[e]stos informes no se encuentran regulados de manera expresa en nuestra legislación procesal penal, siendo probable que el informe pericial sea emitido por quien realice la clonación de los datos digitales. Dicho sujeto actúa en el procedimiento penal de testigo, al aportar conocimientos propios y responder sobre las reacciones que los investigados o terceros presentaban mientras la incautación o el proceso de clonado se materializaba, y también de perito, al contribuir con conocimientos especializados».

guez-Magariños[49], los peritos, «adoptando las medidas y garantías adecuadas para preservar el contenido de la información pueden proceder a la extracción de la información más relevante atendiendo a los criterios de búsqueda facilitados por el equipo investigador», permitiendo su análisis «la recuperación de los archivos ocultos, restableciendo los vínculos suprimidos y recabando los metadatos que permitirán reconstruir el origen de la información, la identidad del delincuente y las circunstancias y el tiempo de la creación, modificaciones, y de las distintas versiones del archivo». Los informes contendrán el resultado del análisis de los archivos, pero no servirán por sí mismos para acreditar el contenido del mismo, que deberá ser valorado por el juez o tribunal en el acto del juicio oral, siendo esencial que los documentos, audios, imágenes o vídeos sean debidamente aportados al procedimiento. También podrán ser elaboradas periciales por encargo de las partes, normalmente las defensas, a fin de poder poner en tela de juicio la autenticidad e integridad de los datos.

Otro medio de prueba que se ha señalado a través del cual poder incorporar la prueba digital es el reconocimiento judicial. De esta cuestión se ha ocupado Arrabal Platero[50] indicando que «[e]l reconocimiento judicial es un medio apto para incorporar evidencias tecnológicas a través de la percepción directa del juez de datos de prueba, como son el acceso desde el ordenador del Juzgado a una determinada página web, el examen judicial de los correos electrónicos remitidos desde una dirección de email o la exploración del contenido de un ordenador (…). El problema, no obstante, puede darse en relación con la posible alteración de una prueba tecnológica —piénsese una página web— previamente al reconocimiento judicial. Una posible solución es, en primer lugar, que la prueba tecnológica se asegure previamente a través del hash» y «recurrir a páginas web que almacenan registros del histórico de los cambios de otras páginas web y que permiten consultar el contenido de una página web en una fecha concreta, como *Wayback Machine*». También señala la autora que podrá determinarse mediante reconocimiento judicial «la autoría de las voces de una grabación de audio o de las conversaciones intervenidas e incorporadas al acervo probatorio a través de otro medio de prueba, sin necesidad de un dictamen pericial sobre su autoría o del reconocimiento del acusado sobre las mismas», postura que viene respaldada por la jurisprudencia. Esto último puede ser peligroso para las garantías procesales y derechos fundamentales del acusado, pues el hecho de que el juzgador, que no posee conocimientos científicos sobre la materia, pueda efectuar esta determinación de la autoría de las voces, si no viene de la mano de una exhaustiva labor de motivación probatoria, será susceptible de vulnerar tanto su derecho a la tutela judicial efectiva como su derecho a la presunción de inocencia en caso de condena[51].

## 2. Expurgo

En la regulación del registro de dispositivos de almacenamiento de datos no se prevé la posibilidad de limitar qué datos acceden a la copia del dispositivo que pueden solicitar las partes, siendo así que en muchos casos habrá información absolutamente irrelevante e innecesaria que llegue a las demás partes del procedimiento, incluso información que pertenece en exclusiva a la vida íntima y personal del investigado. Esto, por el contrario, sí está previsto en la LECrim para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas:

> **Artículo 588 ter i. Acceso de las partes a las grabaciones.**
>
> «1. Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.
>
> 2. Una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa.

49. Gudín Rodríguez-Magariños, «Incorporación al proceso del material informático intervenido durante la investigación penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, vol. 68, núm. 2163, 2014, pp. 17-18.

50. Arrabal Platero, *La prueba tecnológica aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 309-310.

51. STS 224/2022, de 9 de marzo (F.J.2.º):
*«La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto relativo a la motivación probatoria de la sentencia de condena, puede ocasionar igualmente una vulneración de la presunción de inocencia».*


ISSN: 2951-844X

3. Se notificará por el juez de instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia».

Propone Arrabal Platero[52] la inclusión de «una disposición común a todas las diligencias de investigación tecnológica que prevea un trámite para la incorporación de información que, aunque haya sido excluida, la parte la considere notoria o ayude a la valoración del conjunto (como en la actualidad está previsto para la intervención de las comunicaciones) y para el expurgo de la información obtenida que sea irrelevante para la causa o cuya afectación a derechos fundamentales de particulares no sea proporcional a su interés», estimando «necesario disponer de un trámite que posibilite excluir información innecesaria, ajena al objeto de la causa que, además, afecte a un interés jurídicamente tutelado —por ejemplo, la imagen de la víctima, la seguridad, el patrimonio o el honor de las personas—, o aquélla en la que intervengan menores; y, coetáneamente, que permita incorporar aquella otra información que sirva a los efectos de una correcta interpretación de las ya aportadas».

El juez de instrucción, al fijar los términos y el alcance del registro y las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación, puede diseñar un trámite para el expurgo de la información contenida en los dispositivos. Esto es posible a causa de la insoportable renuncia a regular esta materia que efectuó el legislador en 2015, no pudiendo entenderse que la misma reforma de la LECrim cree un procedimiento para el expurgo de información en supuestos de intervenciones telefónicas y no lo prevea para supuestos en los que se realizan copias de los ordenadores personales y teléfonos móviles del investigado; reforma que, como se ha venido apuntando desde el inicio, se llevó a cabo en busca de aumentar garantías para la preservación del derecho del investigado a la exclusión de su entorno virtual. En el caso de elaboración de copias lógicas quizá no sea necesaria esta cautela, pero en el de las copias idénticas sí, pues no debería permitirse que todas las partes obtengan una copia íntegra de los dispositivos del investigado. Así, los jueces de instrucción, aprovechando que todas las medidas de investigación tecnológica se sustancian en pieza separada, deberán arbitrar mecanismos para que a la pieza principal únicamente acceda la información relevante. No es tarea sencilla la de diseñar un procedimiento para el expurgo de información, pues deben garantizarse tanto los derechos del afectado como el de los demás coimputados y partes acusadoras, debiendo haber sido el legislador quien diseñase el procedimiento a fin de evitar que en cada juzgado de instrucción de España se prevea un sistema de salvaguarda de derechos fundamentales distinto.

# V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La LECrim se preocupa de en qué casos puede producirse la autorización o convalidación de la incautación y registro de dispositivos, así como qué principios inspiran la medida. Sobre cómo debe realizarse la medida, la norma guarda silencio, quizá debiendo haber sido algo más exhaustivo el legislador. En la regulación actual, deberá ser el juez de instrucción el arquitecto de la medida de investigación. El diseño de la diligencia que se realice en el auto autorizante será el que determine la forma de realizarse el análisis y las garantías de integridad y autenticidad de los datos. Atendiendo a lo que se ha venido señalando por diversos autores, será recomendable que se pronuncie sobre:

a) Si han de realizarse copias idénticas o copias lógicas.
b) La presencia e intervención del LAJ.
c) La presencia e intervención del investigado y su defensa.
d) Un eventual y recomendable procedimiento de expurgo.

Respecto al contenido de la copia del dispositivo analizado, la fuente de prueba entrará en el procedimiento, a través un informe de análisis técnico policial, como prueba documental o por medios de reproducción de palabras, imagen y/o sonido. Los demás medios de prueba servirán para reforzar el resultado obtenido.

52. Arrabal Platero, La incorporación al proceso de las evidencias obtenidas de equipos informáticos y de dispositivos de almacenamiento masivo de información. El expurgo del contenido irrelevante, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías.* N.º 56, 2021.

# VI. BIBLIOGRAFÍA


Arrabal Platero, «La incorporación al proceso de las evidencias obtenidas de equipos informáticos y de dispositivos de almacenamiento masivo de información. El expurgo del contenido irrelevante», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías.* N.º 56, 2021.

Arrabal Platero, *La prueba tecnológica aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, 2020.

Castillejo Manzanares, «Alguna de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 45, 2017, pp. 23–57.

Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

Delgado Martín, «¿Cómo afrontar la complejidad de la prueba digital?», *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, núm. 2, 2019, Wolters Kluwer.

Delgado Martín, «Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por la LO 13/2015», en *Diario La Ley*, 2016, núm. 8693, pág. 12 y ss.

Fernández-Gallardo, «Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información», *Dereito revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 25, núm. 2, 2016, pp. 25–58.

Gómez Colomer, «Los actos de investigación garantizados», en *Derecho Jurisdiccional III. Procesal Penal* (con Montero Aroca, Esparza Leibar, Barona Vilar, Etxeberría Guridi), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 262 y ss.

Gudín Rodríguez-Magariños, «Incorporación al proceso del material informático intervenido durante la investigación penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, vol. 68, núm. 2163, 2014.

Gudín Rodríguez-Magariños, «La protección de datos en el tratamiento procesal de los dispositivos de almacenamiento masivo de información», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2017, núm. 125, págs. 16 y ss.

Magro Servet, «¿Cómo aportar la prueba digital en el proceso penal?», *Diario La Ley*, núm. 9824, 2021.

Martínez Atienza, *Investigación tecnológica en los ciberdelitos*, Ediciones Experiencia, 2020.

Pérez Estrada, «La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 5, núm. 3, 2019, págs. 1297–1330.

Portal Manrubia, «La incorporación de los dispositivos de almacenamiento masivo en el procedimiento penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2019.

Ruiz Legazpi, «Derecho a la intimidad y obtención de pruebas: el registro de ordenadores (incoming de eMule) en la STC 207/2011», *Revista española de derecho constitucional*, vol. 34, núm. 100, 2014, págs. 365–390.

Sánchez Gómez, «El agente encubierto informático», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, vol. 4, núm. 118, 2016.

Sánchez Gómez, *El derecho de defensa en la investigación de los delitos de terrorismo*. Aranzadi, 2017.

Sánchez Gómez, «El tratamiento integral de la entrada y el registro en el marco del proceso penal, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 168 y ss.

Sánchez Gómez, «La investigación tecnológica multinivel del discurso terrorista», *La represión y persecución penal del discurso terrorista* (Galán Muñoz, dir., Gómez Rivero, dir.), Tirant lo Blanch, 2022, págs. 761-801.

Revista
DERECHO & PROCESO