



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. INFLUENCIA DE
LA JURISPRUDENCIA Y ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA
JURÍDICA

Miguel Ángel Lorca Sánchez



Tesis **Doctorales**

UNIVERSIDAD de ALICANTE

Unitat de Digitalització UA
Unidad de Digitalización UA



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DERECHO MERCANTIL
Y DERECHO PROCESAL

**EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. INFLUENCIA DE
LA JURISPRUDENCIA Y ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA**

JURÍDICA

TESIS DOCTORAL

Autor: MIGUEL ÁNGEL LORCA SÁNCHEZ

Para aspirar al grado de
DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Dirigida por:

DR. D. JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
DRA. DÑA. MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ
PROFESORA TITULAR DE DERECHO PROCESAL

Alicante, Enero 2021



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS INTERVENCIONES DE LAS COMUNICACIONES.....	5
--	----------

1. ANTECEDENTES.....	5
----------------------	---

2. CONCEPTOS	8
--------------------	---

2.1 Comunicaciones	9
--------------------------	---

2.2 Secreto	11
-------------------	----

2.3 Interceptación	15
--------------------------	----

3. TITULARES DEL DERECHO	16
--------------------------------	----

3.1 Legitimación	17
------------------------	----

3.2 Menores	19
-------------------	----

3.3 Personas jurídicas	20
------------------------------	----

4. MARCO LEGAL	21
----------------------	----

4.1 La Ley 9/2014 de Telecomunicaciones	21
---	----

4.2 La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones.....	24
--	----

4.3 El Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios	27
---	----

4.4 La Ley Orgánica 2/2002 reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia	27
---	----

5. TIPOS DE COMUNICACIÓN OBJETO DE PROTECCIÓN	29
---	----

5.1 Comunicaciones entre personas	30
---	----

5.1.1 Comunicaciones entre varios interlocutores	30
5.1.2 Comunicaciones con dispositivos telefónicos	31
5.2 Contenido de teléfonos y dispositivos técnicos	32
5.2.1 Acceso a agendas de teléfonos móviles	32
5.2.2 Datos existentes en la memoria de un teléfono móvil	32
5.3 Comunicaciones a través de redes de uso público	33
5.3.1 Comunicaciones vía radio	33
5.3.2 Comunicaciones a través de internet	34
6. PRESUPUESTOS	36
7. PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA Y FIN LEGÍTIMO	40
8. LÍMITES	40
8.1 Colisión con el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen	41
8.2 Colisión con el derecho a la protección de datos	43

CAPITULO II

ANÁLISIS DE LA L.O. 13/2015 DE MODIFICACIÓN DE LA L.E.CRIM

1. INTRODUCCIÓN	47
2. CAPITULO IV DEL TITULO VIII. DISPOSICIONES COMUNES	50
2.1 Principios rectores	50
2.1.1 Principio de proporcionalidad	51
2.1.2 Principio de especialidad	54
2.1.3 Principio de excepcionalidad, idoneidad, necesidad y subsidiariedad	55
2.2 Solicitud de autorización judicial	56
2.3 Resolución judicial	59

2.4 Duración, control de la medida y sus prórrogas	62
2.4.1 Duración y cese	62
2.4.2 Control de la medida y sus prórrogas	63
2.5 Secreto de las actuaciones	65
2.6 Afectación de terceras personas	66
2.7 Destrucción de los registros	68
3. EL CAPITULO III DEL TÍTULO VIII	
3.1 De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica. Nueva redacción del art. 579 LECrim	70
3.1.1 El antiguo art. 579 LECrim	70
3.1.2 El nuevo art. 579 LECrim. Requisitos objetivos	72
3.1.3 Motivación de la resolución	74
3.1.4 Límite temporal. Plazos	77
3.1.5 Excepciones	78
3.2 Los descubrimientos casuales. Introducción del nuevo art. 579 bis	79
3.2.1 Descubrimiento de hechos en conexión con el delito investigado	84
3.2.2 Descubrimiento de hechos sin conexión con el delito investigado	85
3.2.3 Tratamiento del hallazgo casual obtenido en procedimiento distinto	89
4. CAPITULO V DEL TÍTULO VIII. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS	
4.1 Sección 1ª. Disposiciones generales	90
4.1.1 Contenido formal y material de las intervenciones telefónicas.....	92
4.1.2 Presupuestos	95
4.1.3 Ámbito	98
4.1.4 Afectación de terceros	101
4.1.5 Solicitud de autorización judicial	102
4.1.6 Control de la medida	103
4.1.7 Duración y prórrogas	106
4.1.8 Notificación del cese de la medida a terceras personas ...	106

4.1.9 Acceso de las partes a las grabaciones	108
4.2 Sección 2ª. Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados. Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios	110
4.3 Sección 3ª. Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad	114
4.3.1 Identificación mediante número IP	114
4.3.2 Identificación de usuarios de intercambio de archivos P2P (<i>peer to peer</i>)	116
4.3.3 Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes	117
4.3.4 Identificación de terminales, titulares y dispositivos de conectividad.....	119
4.3.4 Sentencia TJUE, Gran Sala, de 2 de octubre de 2018	120
5. CAPÍTULO VI DEL TÍTULO VIII. CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS	
5.1 Introducción	122
5.2 Grabación de comunicaciones orales directas	124
5.3 Presupuestos	127
5.4 Contenido de la resolución judicial. Control de la medida	129
5.5 Cese de la medida y destrucción de los registros	132
6. COMUNICACIONES ENTRE ABOGADOS Y CLIENTES. EL NUEVO ART. 119 LECRIM	133
6.1 La STS 79/2012, de 9 de febrero, referente al llamado «Caso Garzón»	139
7. COMUNICACIONES CON AGENTE ENCUBIERTO. AMPLIACIÓN DEL ART. 282 BIS	145
7.1 El agente encubierto	146
7.2 El agente encubierto informático	147
8. CAPÍTULO IV DEL TÍTULO VIII. ORDEN DE CONSERVACIÓN DE	

DATOS	151
9. CAPÍTULO V DEL TÍTULO VIII. RÉGIMEN TRANSITORIO	153

CAPITULO III

ESCUCHAS MEDIANTE EL SISTEMA INTEGRADO DE INTERCEPTACIÓN DE TELECOMUNICACIONES (SITEL)

1. Introducción	155
2. Marco legal	156
2.1 Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, sobre condiciones para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios	156
2.2 Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones	157
2.3 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones	159
3. Régimen organizativo del SITEL	161
4. Tramitación de la intervención de comunicaciones a través del sistema SITEL	164
5. La solicitud y sus requisitos	166
6. Funcionamiento de la intervención SITEL	168
7. Tratamiento de datos	169
8. Firma electrónica de los ficheros y protección de datos	171
9. Posiciones doctrinales y jurisprudenciales	173
10. Impugnación de las grabaciones. Carga de la prueba	177
11. Contenido de las grabaciones y su transcripción	178

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA EN LOS ÓRGANOS JUDICIALES

1. FASE PREVIA AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL	181
--	-----

1.1 Requisitos legales. Contenido del oficio policial	181
1.1.1 Hechos objetivos	181
1.1.2 Delito concreto y concurrencia de indicios de comisión del delito investigado	183
1.1.3 Identificación del investigado	187
1.1.4 Necesidad de la medida	188
1.1.5 La fuente de información inicial. Especial referencia a los confidentes	189
1.2 Situaciones de excepción	191
1.3 Acceso policial a datos asociados a la comunicación	191
1.3.1 Acceso al listado de llamadas realizadas desde un terminal telefónico	192
1.3.2 Examen de la agenda de contactos telefónicos	193
1.3.3 Utilización de un teléfono no intervenido por agentes policiales	195
1.3.4 Acceso a los mensajes SMS y correo electrónico	196
1.3.5 Obtención de número IMEI o IMSI	198
2. FASE DE INICIO DE LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL	
2.1 Presupuestos de la resolución judicial autorizante. Requisitos ...	200
2.1.1 Requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial	202
2.1.2 Requisitos procesales	202
2.2 Autoridad judicial competente	202
2.3 Competencia del Ministerio Fiscal durante la instrucción	206
2.4 Motivación del auto de intervención de comunicaciones	208
2.5 Prórrogas de las intervenciones de comunicaciones	211
2.6 Traslado al Ministerio Fiscal	214
2.7 Control del resultado de la intervención	216
2.8 Intervención de comunicaciones en el extranjero	217
2.8.1 El Convenio de Bruselas de 29 de mayo de 2000	218
2.8.2 La Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo	227
2.8.3 Posición jurisprudencial respecto de la intervención de comunicaciones en el extranjero	229
3. FASE DE APERTURA DEL JUICIO ORAL. LA FASE INTERMEDIA	

3.1 Escritos de acusación y propuesta de práctica de prueba	232
3.2 Soporta físico de la prueba	235
3.3 La necesidad de rediseño de la fase intermedia del procedimiento penal	236
4. FASE DE VALORACIÓN EN EL PLENARIO	
4.1 De la preparación de las pruebas para el juicio oral	238
4.2 Reproducción en el acto del juicio	241
4.3 Aportación de las transcripciones adveradas por el Letrado de la Administración de Justicia	243
4.4 Introducción por testimonio de los policías actuantes	247
4.5 Aportación como prueba documental	248
4.6 Aportación de las grabaciones originales	248
4.7 Puesta a disposición del material de audio grabado	249
4.8 Identificación de voces	250

CAPITULO V

LA NULIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

1. Introducción. La prueba ilícita	252
2. La conexión de antijuridicidad y el art. 11.1 LOPJ	255
3. La STS 116/2017, de 23 de febrero, dictada en el caso Falcciani.....	262
4. La autoincriminación	264
5. Efecto de la prueba ilícita	267
6. La prueba ilícita, arts. 225 y 287 LEC y su conexión con el art. 11.1 y 238 LOPJ	268
7. Momento de la declaración de prueba ilícita	273
7.1 En el juzgado instructor del procedimiento	273
7.2 En la fase intermedia	275
7.3 En el acto del juicio oral	275
8. Causas de nulidad de interceptación de comunicaciones	276
PROPUESTAS DE MEJORA.....	278

CONCLUSIONES	285
BIBLIOGRAFÍA	300
SENTENCIAS CONSULTADAS	315



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ABREVIATURAS

ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line -Línea de abonado digital asimétrica.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CPP	Código Procesal Penal.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
ETSI	European Telecommunications Estándar Institut –Instituto Europeo de Normalización de Telecomunicaciones.
FGE	Fiscalía General del Estado.
GPRS	General Packet Radio Service – Servicio general de paquetes vía radio.
GSM	Global System for Móviles –Sistema global para comunicaciones móviles.
IMEI	Internacional Mobile Equipment –Identidad internacional el equipo móvil.
IMSI	Internacional Mobile Subscriber Identity –Identidad internacional del abonado a un móvil.
IP	Internet Protocol –Protocolo de internet.
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil.
LECrim	Ley Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria.
LOPJ	Ley Orgánica Poder Judicial.
LTE	Long Term Evolución –Evolución largo término-
Num.	Número.
OEI	Orden Europea de Investigación.
P2P	peer to peer –puerto a puerto.
SIM	Suscriber Identity Modale.
SITEL	Sistema de Interceptación de Comunicaciones.
SMS	Short Message Service – Servicio de mensajes cortos.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.

STS	Sentencia Tribunal Supremo.
SSTC	Sentencias Tribunal Constitucional.
SSTS	Sentencias Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System –Sistema universal de telecomunicaciones móviles.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN.

Hasta el momento de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim en adelante) por la Ley Orgánica (LO en adelante) 13/2015, la regulación del derecho al secreto de las comunicaciones se circunscribía prácticamente al contenido del art. 579. Pero las nuevas formas de delincuencia han obligado al legislador a adoptar nuevas medidas que adecuen unas leyes del siglo XIX a los nuevos tiempos en que la tecnología ha entrado de lleno en la vida social de los ciudadanos. El acceso generalizado a las nuevas tecnologías ha cambiado el panorama en que se desenvuelven las personas en su vida cotidiana y también ha cambiado la manera en que la delincuencia ha pasado a organizarse. En los últimos quince años se han multiplicado exponencialmente en los juzgados las solicitudes y concesiones de intervenciones telefónicas y postales, convirtiéndose en un instrumento más en la lucha contra la delincuencia, sobre todo de la llamada delincuencia organizada, en la que un grupo de individuos se dota de una estructura organizada, normalmente piramidal, para poder optimizar los resultados de su actividad delictiva. Por ello, la posibilidad de investigación policial mediante la intervención de las comunicaciones que se producen entre los miembros de estas organizaciones facilita enormemente su labor. Pero generalizar el uso de una práctica, por muy buenas intenciones que se tenga, conduce inexorablemente a desviaciones en la razón de su utilización, imponiéndose necesariamente una regulación y vigilancia especial o control en su concesión, ya que los derechos fundamentales en juego así lo exigen, evitando la injerencia de terceros en la esfera más personal e íntima de las personas en que se halla el derecho al secreto de las comunicaciones.

El derecho al secreto de las comunicaciones, a pesar de su relevancia por la protección especial que le otorga el art 18.3 CE, no es un derecho

ilimitado, pudiendo ser objeto de limitación o injerencia cuando los intereses en juego se consideren superiores en un proceso penal. No obstante, su injerencia debe circunscribirse a la investigación de los delitos expresamente contemplados en la ley, para la averiguación de la identidad de los participantes.

El presente trabajo pretende abordar la regulación del derecho al secreto de las comunicaciones, principalmente efectuando un análisis explicativo del contenido explícito de los distintos artículos reformados por la LO 13/2015 referidos a este derecho fundamental, aportando una visión práctica y global del desarrollo y repercusión que ha supuesto la nueva regulación procesal. Hasta el momento de la reforma, la jurisprudencia española y europea han venido supliendo la carencia normativa en esta materia, por lo que su estudio ha sido de particular importancia para poder analizar el contenido de la reforma y sus posibles carencias, de ahí que podamos encontrar desgranadas un importante cuerpo de sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional a lo largo de todo el trabajo, por entender que su estudio resulta fundamental para entender el camino seguido por el legislador e incluso su dirección futura en la materia. El trabajo se divide en cinco capítulos. En el capítulo primero, se aborda desde el punto de vista dogmático la figura del derecho al secreto de las comunicaciones, con el fin de situar los conceptos generales necesarios para el entendimiento de la figura jurídica, así como el marco normativo que le afecta. En el capítulo segundo se analiza el contenido de cada uno de los artículos de la reforma referidos al secreto de las comunicaciones. En el capítulo tercero se explica el funcionamiento del Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones (SITEL), situando al lector con la explicación del funcionamiento del mecanismo utilizado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para llevar a efecto las interceptaciones de comunicaciones autorizadas judicialmente, de particular importancia para su comprensión, a la vista de la importante herramienta en que se ha convertido para la investigación policial y judicial. En el capítulo cuarto se realiza un análisis práctico del tratamiento judicial, en cuanto a la forma de su tramitación en las distintas fases del proceso penal, intentando analizar los distintos supuestos particulares relacionados con las interceptaciones de las comunicaciones que se pueden encontrar los operadores jurídicos, dudosos en cuanto a su solución, así como el

tratamiento de las pruebas obtenidas en las distintas fases del procedimiento. Por último, se incluye un capítulo quinto en el que expresamente se analizan las posibles causas de nulidad de intervención de comunicaciones, por entender que su análisis conjunto en un único capítulo, ayuda a comprender todo el proceso atinente a la obtención de las pruebas y la distinta repercusión que puede tener en el procedimiento judicial, por ocupar las intervenciones de comunicaciones un papel preponderante en el acerbo probatorio.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

1. Antecedentes.

El secreto de las comunicaciones tiene su primer reconocimiento constitucional en España con la promulgación de la Constitución de 1869, en la que se declaró la inviolabilidad de la correspondencia, declarando expresamente que, «en ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica.

Pero en virtud de auto de Juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia y también abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por el correo».

Aparece una primera preocupación del legislador por proteger el derecho de todo ciudadano al secreto de las comunicaciones de cualquier injerencia, incluso de la autoridad gubernativa, dotándolo nada menos que de protección constitucional y acotando el presupuesto habilitante para sacrificar ese derecho fundamental y aunque la regulación es excesivamente básica, no deja de ser un embrión, que sin duda indica el camino a seguir en el futuro, manteniéndose en la misma línea hasta nuestra Constitución de 1978, que introdujo dentro de los derechos fundamentales el derecho al secreto de las comunicaciones en su art. 18.3, incorporando de manera abierta los medios de comunicación modernos cuando dice que «se garantiza el secreto de las

comunicaciones (...)» y lo completa con una precisión un tanto inexplicable al añadir «(...) en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial», ya que estas, quedan incluidas en el secreto de las comunicaciones que hace en abstracto, sin duda influenciado por épocas no tan lejanas en las que las comunicaciones postales y telegráficas eran el medio habitual de comunicación entre personas. Pero, como no podía ser de otra manera, como consecuencia de la vertiginosa evolución de las comunicaciones a partir de nuestra Constitución, ha sido necesario modelar y conformar una interpretación uniforme de este derecho por nuestro Tribunal Constitucional y así dota al secreto de las comunicaciones como un derecho de contenido puramente formal¹, protegido tanto de las intromisiones de los poderes públicos, como de los particulares ajenos a la comunicación², destacando la indiferencia en el método de interceptación empleado.

En cuanto a la garantía del derecho al secreto de las comunicaciones postales, se incluyó en la Ley 43/2010 de 30 de diciembre, del servicio postal universal, dentro de los derechos de los usuarios y del mercado postal, en su art. 5 respecto a las comunicaciones postales que «los operadores postales deberán realizar la prestación de los servicios con plena garantía del secreto de las comunicaciones postales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución Española y en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Los operadores que presten servicios postales no facilitarán ningún dato relativo a la existencia del envío postal, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario ni a sus direcciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6».

El derecho al secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 CE, encuentra su máxima expresión en la protección de las comunicaciones por vía telefónica, distinguiendo una distinta graduación de esa protección en

¹REBOLLO DELGADO, L.: «El secreto de las comunicaciones: problemas actuales», Revista de Derecho Político, 2000, págs. 351 y ss., analizando el contenido del art. 18.3 CE, destaca que su enunciado es abierto, de contenido puramente formal y cuya protección se extiende a cualquier tipo de comunicación, tanto presente como venidera.

²STC 114/1984, de 29 de noviembre.

función de la mayor o menor intensidad de la injerencia³. Así, nos encontramos con distintos tipos de vulneración del derecho según se acceda a lo comunicado o incluso con quién o con qué número se comunica, también en consonancia con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante TEDH) de 30 de julio de 1998, (caso Valenzuela).

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, introduce en el texto legal un grueso cuerpo jurisprudencial, creado tanto por la doctrina como por los Tribunales Supremo y Constitucional, para completar las carencias legislativas relacionadas con la adopción de medidas de investigación policial y judicial que justifiquen la injerencia en derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones, la intimidad personal y familiar y la protección de datos de carácter personal incluidos en el art. 18 de nuestra Carta Magna. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia vinculante para al Estado español, en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instaurando unos principios rectores en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho al secreto de las comunicaciones.

Varios han sido los intentos fallidos de reforma de la LECrim en lo relativo al secreto de las comunicaciones. Como antecedente podemos referir el anteproyecto de reforma de la LECrim del año 2011, que preveía una regulación dedicándole los arts. 273 y siguientes bajo la rúbrica «la interceptación de las telecomunicaciones» y recientemente, en el proyecto del llamado Código Procesal Penal, donde se decidió abordar detalladamente las intervenciones telefónicas en los arts. 294 a 311, que finalmente no han visto la luz, retrasando una vez más la todavía necesaria reforma de la vieja LECrim, para dotarla de un índice sistemático más acorde a los tiempos actuales y a la necesaria reforma integral, no solo legislativa sino estructural de la justicia

³ STC 123/2002, de 20 de mayo.

española. Con la regulación introducida con la LO 13/2015 se incluyen determinados medios de investigación tecnológica, como la captación de grabaciones de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos, que pueden presentar dudas sobre su consideración como comunicaciones en sentido estricto, pero que indudablemente afectan a derechos fundamentales como el de la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

2. CONCEPTOS

El concepto de secreto de las comunicaciones puede tener diversas acepciones, pero para el presente trabajo, referido a la intervención de las comunicaciones, a la luz de las novedades introducidas por la LO 13/2015, parece apropiado el que apunta MONTAÑÉS PARDO, que define la intervención de las comunicaciones como «una diligencia sumarial, que el Juez ordena y autoriza para obtener a través de la misma el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa»⁴, e igualmente y con mayor concreción, la de GIMENO SENDRA que las define como «todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad, y en el curso de un procedimiento penal, decide mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de las llamadas y/o efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor»⁵. Esta definición se refiere a la intervención de las comunicaciones, que no a la protección que le dedica el art. 18.3 CE.

No obstante, cualquier trabajo científico debe asentarse en una base dogmática para una comprensión más amplia, por lo que abordamos ahora los

⁴MONTAÑÉS PARDO, M.A.: *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Ed. Aranzadi, 1999, p. 270.

⁵GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *Revista catalana de Seguretat pública*, mayo 2010, núm. 22, pág. 54-55.

distintos conceptos según las distintas corrientes doctrinales.

2.1 Comunicaciones.

El término constitucional comunicaciones, desde el punto de vista del derecho material, ha sido analizado por JIMÉNEZ CAMPO, definiéndolo en primer lugar como «un proceso, esto es, un procedimiento de relación significativa entre personas que queda defendido por la norma frente a cualquier interceptación, suponga ésta mera retención o suspensión del curso de la comunicación o, en otro caso, además, el conocimiento por tercero de su contenido(...)»⁶, es decir, aborda el término desde una perspectiva material, considera comunicación la que tiene cierta relevancia y se produce entre dos o más personas y la excluye de la injerencia por parte de terceros ajenos a la misma.

El mismo autor hace una segunda delimitación del concepto de comunicación, refiriéndose a él como «proceso de transmisión de mensajes, un proceso en cuyo curso se hacen llegar a otro expresiones del propio pensamiento articuladas en signos no meramente convencionales», en este caso, se refiere no solo a la comunicación que tiene lugar entre dos o más personas, sino que además, añade otro elemento, como es el contenido mismo del mensaje, expresión íntima del pensamiento de los sujetos intervinientes en la comunicación.

Completa su delimitación refiriéndose a aquellas comunicaciones que quedan protegidas por el art. 18.3 CE, afirmando que «sólo es comunicación, para los efectos del precepto que se examina, aquella que se mantiene a través de un determinado medio técnico, quedando fuera del ámbito de esta disposición –aunque no por ello desprovista de toda protección constitucional- las conversaciones directas o en persona». Esta delimitación dogmática ha tenido gran seguimiento y acogida en nuestro derecho positivo hasta nuestra reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo contenido se examinará más adelante, añadiendo el capítulo VI titulado «captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos», en el que en su art. 588 quáter a), establece la posible

⁶JIMÉNEZ CAMPO, J.: «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1987, núm 20, pág. 42 y ss.

autorización para la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que mantenga el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualquiera otros lugares cerrados, es decir, no solo innova en cuanto al canal a través del cual discurre la comunicación, sino que deja de ser un presupuesto que la interceptación se produzca directamente en el artilugio técnico o tecnológico a través del cual se desarrolla la misma y eleva la categoría del contenido de la comunicación, como el eje central alrededor del cual gira la posibilidad de intervención, convirtiéndose en el sistema idóneo para la persecución e investigación de determinados delitos. Una de las principales novedades de la reforma de la LECrim, que sin duda va a tener una amplia repercusión jurisprudencial, al suponer, a mi entender, un pequeño paso más, que ofrece dudas sobre si se sobrepasa con el mismo la esfera del derecho a la intimidad de las personas, ya que mediante la intervención de las comunicaciones a través de medios técnicos, como puede ser un teléfono o correo, etc, se tenía acceso a determinadas comunicaciones en las que la posibilidad de relacionar al investigado con la actividad delictiva tenía un índice de probabilidades bastante amplio, ante la evidencia de que para el desarrollo de cierta actividad delictiva el investigado debe relacionarse necesariamente con otros sujetos, erigiéndose el teléfono y los correos como la vía más común de comunicación, además de la posibilidad de asociar cualquier teléfono a una persona física, en este caso el investigado. Pero esta nueva forma de abordar la investigación, en la que se permite la captación de cualquier comunicación que se produzca en el seno de un vivienda donde pueden convivir varias personas, puede crear problemas en cuanto a la vulneración del derecho a la intimidad de aquellas, que conviviendo en dicha vivienda, no están siendo investigados, por no hablar de la posibilidad de que en la misma convivan menores de edad. No podemos olvidar que al poderse asociar un teléfono a la persona física a la que se investiga, existe un nexo de unión entre el individuo y el medio técnico intervenido, pero la intervención de las comunicaciones que se produzca en «el domicilio o en cualquier otro lugar cerrado», supone una ruptura entre la comunicación en sí y el medio técnico a través del cual discurre la misma, por lo que cabe preguntarse si esta nueva figura jurídica encuentra mejor acomodo en la protección del art. 18.2 de la Constitución Española cuando establece que «el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

La doctrina mayoritaria entiende que no existen *númerus clausus* de aquellos medios de comunicación que pueden ser objeto de injerencia, además, debe producirse el proceso en un canal cerrado, quedando fuera del ámbito de protección las comunicaciones emitidas a través de canales públicos, que por su propia naturaleza, son ajenas al secreto de las comunicaciones. Resulta particularmente complejo el estudio de las intervenciones de las comunicaciones realizadas a través de redes informáticas, que se producen dentro de un entorno digital utilizado por multitud de usuarios en distintos canales, unos de carácter privado y otros públicos, en los que a pesar de su inicial apariencia de comunicación en sentido estricto, deben de cumplirse determinados requisitos para poder gozar de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, que define con acierto MAZA MARTÍN y que centra en aquella que se produce «dentro de unas previsiones de carácter privado, sin que resulten accesibles a usuarios, distintos de los intercomunicantes, que naveguen por la red a la búsqueda de otras informaciones, de carácter público y abierto, que ésta también ofrece»⁷.

2.2 Secreto.

En primer lugar, para acercarnos al concepto de “secreto” tenemos que acudir al lugar en el que el art. 18.3 CE se encuentra ubicado. Así, lo encontramos dentro de un artículo destinado a garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar de manera genérica, en concatenación con otras

⁷MAZA MARTÍN, J.M.: «La intervención judicial de las comunicaciones a través de internet», en *Internet y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 10, 2001, pág. 640, destaca que una comunicación a través de redes informáticas se caracteriza por:

- Transmitirse dentro del entorno de una red constituida, en sus terminales respectivos (emisor-receptor), por equipos informáticos que confieren al contenido del mensaje un tratamiento electrónico de ese mismo carácter.
- Ser el soporte por el que circulan los contenidos de la comunicación que los usuarios se intercambian, las líneas telefónicas de alta tecnología.
- Enviar mensajes que se resuelven habitualmente en textos de representación gráfica, aparecidos en las respectivas pantallas.
- Producirse la comunicación dentro de unas previsiones de carácter privado, sin que resulten accesibles a usuarios, distintos de los intercomunicantes, que naveguen por la red a la búsqueda de otras informaciones, de carácter público y abierto, que ésta también ofrece.
- Poder ser interceptadas y grabadas por personas ajenas, al igual que cualquier otra producida por línea telefónica».

manifestaciones del mismo derecho a la intimidad como el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Es por ello que, cualquier interpretación del mismo, debe ser efectuada desde este prisma, es decir, la más adecuada para garantizar la dignidad de la persona con base en la libertad del sujeto titular de los derechos que comprende todo el artículo, como esferas de la plena disposición de estos derechos por las personas consideradas individualmente. Si la pretensión del constituyente pasara por considerar el derecho al secreto de las comunicaciones como una manifestación del derecho a la libertad de pensamiento o expresión, los hubiera incardinado en los artículos 16 y 20 de la CE a los que se refiere.

El art. 18.3 CE, protege el secreto de cualquier clase de comunicación, con independencia de su contenido y de si el mismo afecta en mayor o menor medida a la esfera más íntima de la persona⁸, estableciendo una presunción *iure et de iure* de que lo comunicado es secreto y de que ningún tercero ajeno al proceso de comunicación puede intervenir en el proceso y tener acceso a la idea, pensamiento o noticia transmitida⁹.

Parece inevitable la conexión entre el secreto a las comunicaciones y el derecho a la intimidad, defendida por algunos autores de forma decidida. Así, RODRÍGUEZ RUIZ entiende que «El secreto de las comunicaciones es un aspecto de la intimidad que tiene fronteras conceptuales propias y puede, por tanto, ser reconocido como derecho autónomamente»¹⁰.

El art. 18.3 CE no prohíbe que uno de los interlocutores intervinientes en la comunicación registre el contenido de la comunicación o mensaje en algún dispositivo, ni impone la obligación de reserva de ningún tipo respecto de revelar el contenido a terceros ajenos a la comunicación. Esta esfera del contenido del mensaje encuentra su protección en el art 18.1 CE cuando señala que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar

⁸DÍAZ REVORIO, F.J.: «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 59, 2006, pag. 162.

⁹GIMENO SENDRA, V.: «La intervención de las comunicaciones», *Diario La Ley*, núm 7192, de 9 de junio de 2009, pag. 5.

¹⁰RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw Hill, Madrid, 1998, pág. 1.

y a la propia imagen». La conexión entre el secreto de las comunicaciones entre personas y la libertad de comunicación, es analizada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984¹¹, que en síntesis analiza el art. 18.3 CE al que atribuye un carácter formal en contraposición al 18.1 CE de carácter material, por lo que, mediante la imposición del secreto de manera general, se protege la libertad de las comunicaciones. De esta forma, se presume que todo lo comunicado es secreto con independencia del contenido material del mensaje, incumbiendo el deber de no violar el secreto de las comunicaciones a terceros no intervinientes en la comunicación y restringiendo ex artículo 18.1 un «deber de reserva» del contenido material de la comunicación, en aquello que pueda afectar al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El concepto de secreto del art. 18.3 CE se refiere además a otros aspectos que podríamos llamar accesorios al proceso mismo de la comunicación, como son aquellos datos asociados a la comunicación de tipo electrónico anejos a la misma, que pueden ser de particular relevancia desde el punto de vista de la investigación policial y para el proceso penal. Cabría por tanto afirmar, que estos datos accesorios, también son objeto de protección y el acceso a los mismos debe ser precedido de la correspondiente autorización judicial¹².

Analizando la violación del art. 8 del CEDH, el TEDH en sentencia de 3 de abril de 2007¹³, ya advirtió que la utilización de la fecha y duración de las conversaciones telefónicas y en particular los números marcados, puede plantear un problema en relación con el art. 8 del Convenio, ya que dicha información es «parte de las comunicaciones telefónicas».

¹¹STC 114/1984, de 29 de noviembre.

¹²A este respecto señala, GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J.: «Utilización en el proceso penal de datos vinculados a las comunicaciones electrónicas recopilados sin indicios de comisión delictiva», doctrina que forma parte del libro *Protección de datos y proceso penal*, *La Ley*, Madrid, 2010, pág.5, que «el hecho de la comunicación es el origen de estas dos categorías: el contenido y los datos de tráfico. Ambas, en realidad, integran el contenido de la comunicación (...) El contenido material no solo es relevante por la información que lo integra, sino también por su transmisión de un emisor a un receptor. Baste pensar en un mensaje injurioso. Si este mensaje no se transmite a un receptor, su relevancia penal es nula».

¹³ STEDH de 3 de abril de 2007, caso Copan contra Reino Unido.

La sentencia de referencia en cuanto a los datos afectados por la protección del art. 8 del CEDH es la STEDH de 2 de agosto de 1984, en el denominado caso Malone, en la que se refirió a estos datos, que ha sido superada posteriormente por una definición más amplia de estos datos de tráfico, incluyendo otros de naturaleza más técnica, encaminándose «a que la mecánica de importación del régimen jurídico de aquellos datos a estos otros, puede conducir a un verdadero desenfoco del problema, incluyendo en el ámbito de la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones datos que merecen un tratamiento jurídico diferenciado, en la medida en que formarían parte, en su caso, del derecho a la protección de datos o, con la terminología de algún sector doctrinal, del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE)»¹⁴. Por tanto, la delimitación se plantea ahora en qué datos forman parte del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución, que en principio serían todos aquellos que contiene la comunicación habida entre dos o varios interlocutores y aquellos otros de carácter accesorio al proceso de comunicación, que comprenden datos de carácter técnico que hallan su protección por vía del derecho a la protección de datos de carácter personal del art. 18.4 CE, e incluso habrá otros propios del proceso de intervención que encuentren su protección en el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE.

No obstante, los avances tecnológicos y el desarrollo de las comunicaciones a través de estos medios, ponen de relieve otro escenario en el que los conceptos tratados han de ser vistos desde otra perspectiva.

Estos datos externos al proceso propio de la comunicación, tienen tanta relevancia, que han sido objeto de tratamiento normativo a través de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo, relativa al Tratamiento de los Datos Personales y Protección de la intimidad en el Sector de las Comunicaciones electrónicas, en la que en su artículo 2 define lo que entiende por tráfico de datos como «cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de la facturación de la misma» y que fue traspuesto a nuestro ordenamiento jurídico en el Real Decreto 424/2005 de 15 de abril, por el que

¹⁴ STS 249/2008 de 20 de mayo.

se aprobó el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

2.3. Interceptación.

GIMENO SENDRA define la intervención telefónica como «todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por las que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor»¹⁵.

El Código Penal en su artículo 19716, en consonancia con la LECrim, hace una distinción entre los términos «apoderarse» e «interceptación», así, castiga al que «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro se apodere de sus papeles [...], o intercepte sus comunicaciones [...]». Esta distinción es más conceptual que práctica, ya que en ambos casos su destino es la garantía del secreto de las comunicaciones, pero no dejan de arrojar ciertas dudas en cuanto a su interpretación, pudiendo entenderse el término «interceptación» como más amplio que el de «apoderamiento», si bien es aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la consideración de interceptación en sentido amplio y comprensivo de cualquier comunicación ajena, sea postal, telegráfica o telefónica y refiriéndose el de apoderamiento, a la aprehensión física del soporte en el que consta el contenido de lo comunicado. Pero lo verdaderamente relevante, desde la perspectiva de la protección constitucional del art. 18.3, es si la conducta de aquél que se apodera o intercepta, tiene la intención de quebrar con el derecho al secreto de las comunicaciones, es decir, la inviolabilidad de las comunicaciones.

¹⁵GIMENO SENDRA, V.: "Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo". *La ley*, año XVII, 1996, núm 4024, pág. 2.

¹⁶Reforma del Código Penal operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

La interceptación o intervención de las comunicaciones, cumple con dos funciones claramente diferenciadas aunque en íntima conexión; por un lado, son una fuente de investigación policial, si no la más importante y por otro lado, un elemento de prueba que accede al proceso en forma de evidencia legal. Por tanto, podemos hablar de una doble naturaleza jurídica, sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en repetidas sentencias, entre otras la de 24 de marzo de 1999¹⁷.

3 TITULARES DEL DERECHO

De la lectura literal del art. 18.3 CE se observa la indefinición de los que son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que se limita a su reconocimiento expreso, sin especificar quiénes son los titulares concretos, por lo que debemos partir de una concepción amplia del concepto en consonancia con el Tribunal Supremo, que ya en sentencia de 22 de abril de 1998¹⁸, señaló como sujetos titulares del derecho a las personas físicas, sin distinción entre mayores, menores de edad, nacionales o extranjeros.

Por su parte, el TEDH también se ha pronunciado sobre los términos a que se refiere la legitimación para formular demanda del art. 34 del CEDH, interpretación flexible a que alude el mismo, incluyendo en su ámbito a las personas jurídicas, por entender que el derecho puede ser ejercido también por éstas. No obstante, el TEDH en sus pronunciamientos ha mostrado una visión más amplia a la dispensada por la jurisprudencia del Estado español, que restringe la posibilidad de interceptación de las comunicaciones a la

¹⁷STS 511/1999 de 24 de marzo. Analiza esta doble naturaleza diciendo que «(...) la intervención telefónica puede tener una doble naturaleza en el proceso penal. Puede servir de fuente de investigación de delitos, orientando la encuesta policial, o puede ella misma utilizarse como medio de prueba, en cuyo caso ha de reunir las condiciones de certeza y credibilidad que sólo queda garantizado con el respeto de las leyes procesales, siendo especialmente importante el proceso de introducción de las intervenciones en la causa penal y su conversión en prueba de cargo».

¹⁸La STS 579/1998, de 22 de abril de 1998, en este sentido ya señaló que «son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación, no propiamente de impedimento a las comunicaciones y se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas, como a la identidad de los interlocutores».

acordada en el marco de un investigación penal, confrontándose a la posición del TEDH, que ha ido más allá, permitiendo la intervención con fundamento en razones de seguridad interna y defensa nacional.

3.1 Legitimación.

Lo relevante en la protección que otorga la Constitución en su art. 18.3, es la injerencia de terceros ajenos a la comunicación o lo comunicado, independientemente del medio a través del cual se ha producido la misma. Por tanto, como ya hemos indicado anteriormente, desde un punto de vista subjetivo, los titulares del derecho pueden ser tanto las personas físicas como las jurídicas, nacionales o extranjeras. También son titulares los menores de edad¹⁹, cuyo ejercicio corresponderá a sus legales representantes y en último caso al Ministerio Fiscal.

El derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho subjetivo, en cuanto su fundamento y conexión con valores atinentes a la esfera más íntima de la persona como son la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. Su inclusión constitucional dentro de los derechos y deberes fundamentales del Título I de la Constitución lo dotan de una especial protección²⁰. No obstante, también es un derecho relativo²¹, en

¹⁹Ley Orgánica 1/996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor. Art. 4.1., «Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones».

²⁰DÍAZ REVORIO F.J.: «El derecho fundamental ... op cit., pág. 180, su inclusión en la Secc. 1ª del Capítulo II, del Título Primero de la CE, le concede «un grado extra de protección y un plus de garantías que se pueden resumir en las siguientes:

- a) El desarrollo del mismo debe ser efectuado mediante ley orgánica (arts. 53 y 81 CE)
- b) La normativa destinada a su regulación debe respetar su «contenido esencial» (ART. 53.1 CE).
- c) Procedimiento sumario y de carácter preferente en los Tribunales ordinarios (art. 53.2 CE).
- d) Puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).
- e) En cuanto a su reforma, debe ser efectuado conforme al procedimiento agravado (art. 168 CE).
- f) Es apto para ser tutelado mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 53.1, 161.1ª y 163 CE), así como por el defensor del pueblo (art. 168 CE). ».

²¹REYES LOPEZ, J.I.: «Las intervenciones de las comunicaciones en el derecho español. Alcance y valoración de la noticia anónima. Cooperación judicial internacional. Información de inteligencia»,

cuanto puede ser limitado a través de una resolución judicial que justifique esta injerencia en los casos en que esté justificado contraponiendo los derechos en juego, como más adelante se verá.

La inclusión del art. 18.3 CE dentro del Título I abre la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, como máxima expresión de la protección de los derechos de la persona y nos ofrece la introducción de un segundo posible sujeto activo, además del titular del derecho fundamental vulnerado, como son los titulares de un interés legítimo. Nuestro Tribunal Constitucional así lo ha entendido cuando señala que, «Nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la «víctima» o titular del derecho fundamenta infringido, sino a toda persona que invoque un «interés legítimo», por lo que, a los efectos de determinar si la recurrente observa o no el requisito constitucionalmente exigido de la legitimación activa, lo único que hay que comprobar en el presente recurso de amparo, es si ostenta dicho interés legítimo para solicitar el restablecimiento del derecho fundamental que se afirma vulnerado»²². A través de estos titulares de «interés legítimo», se introducen aquellos que, sin ser perjudicados directos por la injerencia prohibida, actúan por la legitimación legal (padres ejercientes de la patria potestad de menores) o contractual (legales representantes de personas jurídicas).

3.2 Menores.

La mayoría de edad en nuestra Constitución Española se sitúa en los dieciocho años. Con anterioridad, nada impide afirmar que los menores de edad son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones. Así lo entiende la generalidad de la doctrina científica, entre los que podemos citar a RODRÍGUEZ RUIZ, según la cual, refiriéndose al carácter secreto de las comunicaciones, señala que «ese carácter objetivamente secreto debe prevalecer en cualquier caso, incluso en el caso de menores que sin capacidad

Boletín Científico ESMPU, Brasilia, n.º 40, 2013, págs 135 y ss., destaca que el derecho al secreto de las comunicaciones no es un derecho absoluto, ya que existen determinados valores intrínsecos a una sociedad democrática, que justifican su limitación en aras a la prevención de determinados delitos y cuya limitación, debe adoptarse siempre cumpliendo determinadas garantías.

²²STC 214/1991, de 11 de noviembre.

para querer y controlar sus zonas de secreto entablen una comunicación a distancia»²³.

Como ya hemos adelantado anteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece a favor de estos la inviolabilidad de la correspondencia y el secreto de sus comunicaciones en su art. 4.1.

Es por tanto pacífico e innegable el derecho al secreto de las comunicaciones de los menores, siempre dentro de los márgenes a que se circunscribe el ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores o del que la esté ejerciendo, que más que el propio derecho, tendrá incidencia en el ejercicio de su defensa ante la injerencia de terceros.

Esta problemática se abordó por el Tribunal Supremo al analizar el acceso por parte de los padres al contenido de los mensajes SMS de su hija menor fallecida, que se encontraban en el terminal telefónico que utilizaba²⁴. En esta, se ponen de relieve dos aspectos fundamentales, el primero, lo situamos en la información a la que se accede, que en este caso, son unos mensajes SMS que fueron leídos por su destinatario, por lo que una vez recibidos y guardados dejan de formar parte del proceso de comunicación y pasan a ser un documento almacenado en el terminal. El segundo de los aspectos, es el relativo al ejercicio del derecho, en este caso adquirido por los herederos para acceder a esta información, no por el ejercicio de la patria potestad, sino en virtud del derecho sucesorio en todas las acciones que puedan corresponder a su hija fallecida. Entiendo que lo verdaderamente relevante es que el proceso de comunicación es personalísimo y como tal, una

²³RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *El secreto de las comunicaciones... op. cit.*, pág. 164.

²⁴STS 850/2014, de 26 de noviembre, donde concluye, «las copias de los mensajes recibidos y transmitidos por la menor, que pueden ser borrados del terminal una vez leídos pero fueron guardados, equivalen a la correspondencia que puede ser conservada por la menor entre sus papeles privados. Están obviamente amparados por su derecho constitucional a la intimidad, pero una vez fallecida no son inmunes al acceso por parte de sus herederos legítimos, que conforme a lo dispuesto en el art. 661 del Código Civil suceden al fallecido, por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones (...). Y desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, es sabido que el art. 18 CE no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a terceros. En consecuencia, los sucesores legítimos del receptor, titulares de todos sus derechos y obligaciones, pueden asimismo acceder y hacer un uso legítimo y proporcionado de dichas comunicaciones, sin por ello vulnerar ningún precepto constitucional».

vez concluido, su protección se diluye y el acceso por parte de terceros se relaja. Así, primero parece encuadrarse en el derecho a la intimidad que pudiera proteger al menor en sus comunicaciones y finalmente, se convierte casi en una obligación para los herederos en cuanto a la vigilancia de los posibles derechos que se derivarán a favor del menor fallecido.

3.3 Personas jurídicas.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido a las personas jurídicas el derecho al secreto de las comunicaciones²⁵. Así, en STC 64/1988²⁶, atribuyó la titularidad de derechos fundamentales «siempre que se trate, como es obvio, de derechos, que por su naturaleza puedan ser ejercitados por este tipo de personas».

En el mismo sentido, algunos autores como MONTAÑÉS PARDO²⁷, apuntan que el derecho al secreto de las comunicaciones puede ser ejercitado por las personas jurídicas de Derecho privado, en atención a la propia naturaleza del derecho. Otros como MARTÍN MORALES añaden que «la garantía del art. 18.3 CE, por otra parte, se extiende también a las personas jurídicas extranjeras, siempre que éstas se ajusten a las prescripciones del derecho español»²⁸.

Actualmente, la actividad delictiva ha alcanzado un grado de sofisticación que conduce a la investigación de empresas que pueden servir de tapadera, para encubrir o «blanquear» los efectos derivados del delito, por no decir que, cada vez con mayor frecuencia, nos encontramos con entramados societarios contruidos específicamente para servir de soporte a

²⁵RODRÍGUEZ RUÍZ, B.: El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad. McGraw Hill, Madrid, 1998, págs. 166-167, se muestra disconforme con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, argumentando que si se configura el derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, como un aspecto del derecho a la intimidad, no se puede concluir que las personas jurídicas pueden ser titulares del primero pero no de este último.

²⁶STC 64/1988, de 12 de abril.

²⁷MONTAÑÉS PARDO, M.A.: *La presunción de inocencia... op. cit.*, pág. 273.

²⁸MARTÍN MORALES, R.: El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 74.

determinadas actividades que pasaban desapercibidas al general de la sociedad por su dificultad técnica, pero que han levantado gran revuelo a cuenta de casos aireados en los medios de comunicación. Me refiero a casos de corrupción política-urbanística, evasión de impuestos y prevaricación de funcionarios, en los que a través de empresas (personas jurídicas), se diseña un engranaje delictivo destinado a conseguir determinados objetivos de adjudicaciones de obras a cambio de comisiones ilegales pagadas en dinero no declarado, e incluso ingresado en cuentas en los llamados «paraísos fiscales»; cito este ejemplo por ser uno de los más significativos de los últimos tiempos y que sirven para ilustrar que la posibilidad de injerencia por parte del Estado en el derecho de estas personas jurídicas para la averiguación y persecución de posibles hechos delictivos está justificada.

4 MARCO LEGAL

4.1 Ley 9/2014 de Telecomunicaciones.

Le dedica la Ley 9/14 el capítulo III al que titula «Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas», iniciándolo con el art. 39, Secreto de las comunicaciones que establece: «1. Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias».

Y establece además la obligación de colaboración con las autoridades judiciales a la hora de la interceptación de las comunicaciones en el apartado 2 donde establece que: «2. Los operadores están obligados a realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia y en otras normas con rango de ley orgánica. Asimismo, deberán adoptar a su costa las medidas que se establecen en este artículo y en los reglamentos correspondientes».

Establece seguidamente, el mismo artículo en los apartados cinco y siguientes, los datos que están obligados a facilitar, siempre que los mismos consten en la resolución judicial que autoriza la interceptación, constituyendo *númerus clausus* que delimitan aquellos datos susceptibles de ser facilitados a la autoridad policial portadora de la orden de intervención telefónica, al margen del contenido de la conversación interceptada.

Esta Ley forma parte de un bloque normativo cuya finalidad es establecer un marco regulador, en el que se de cobertura legal y se establezca el sistema de colaboración necesaria entre los operadores de telecomunicaciones y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en la lucha contra la actividad delictiva, bajo supervisión de la autoridad judicial. Delimitados como hemos dicho anteriormente los datos que exactamente pueden ser objeto de cesión por parte de los operadores, establece en su art. 39 que «los sujetos obligados deberán facilitar al agente facultado, salvo que por las características del servicio no estén a su disposición, los datos indicados en la orden de interceptación legal, de entre los que se relacionan a continuación», y establece seguidamente una extensa relación de datos que pueden ser cedidos y que abarcan los necesarios para la identificación de los titulares o intervinientes en el proceso de comunicación, su localización, servicios utilizados y contratados.

Establece en el apartado 6 del mismo art.. la obligación adicional de facilitar al agente facultado similares datos relativos a las personas que intervengan en la comunicación y en el apartado 7, se refiere a la cesión de información de la situación geográfica del terminal o punto de terminación de red origen de la llamada y la del destino y para el caso de servicios móviles, proporcionar una posición lo más exacta posible del punto de comunicación y en todo caso, la identificación, localización y tipo de la estación base afectada.

A primera vista, observamos que todos estos datos, sin afectar propiamente al contenido de la comunicación, proporcionan una información de gran calado para cualquier investigación policial, por lo que se ha convertido en una herramienta de gran alcance en la lucha contra la actividad delictiva. No obstante, parte de estos datos, podríamos considerar que forman parte de ese círculo adyacente al proceso de comunicación, afectando al mismo

también de manera indirecta, por lo que en su tratamiento deben observarse las máximas cautelas, que deben ser valoradas en la resolución judicial en la que se acuerde la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.

La reforma de la LECrim de la LO 13/2015 se refiere a los datos que se han de concretar en la orden judicial que habilita la intervención en el art. 588 bis, c,3,c y que debe comprender el contenido, extensión y alcance de la medida, referidos tanto al acceso al contenido de la comunicación, como a los datos asociados al proceso, entendiendo por tales «aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga», para cuya interceptación, prevé el art 588 ter d) 2.d que «en este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos». Será por tanto obligatorio para el juez de instrucción a partir de esta nueva regulación que analice, además de la oportunidad de la concesión de la intervención, qué datos asociados deben incluirse entre los datos que la operadora debe ceder a los funcionarios facultados, ponderando las razones que puedan justificar la extensión de esta medida restrictiva de derechos a los mismos.

4.2. Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Como se indica en el propio preámbulo de la Ley, la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE se impone la transposición al ordenamiento jurídico español de la normativa sobre la conservación de datos generados o tratados, en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, justificado en la protección de la seguridad pública, buscando el imprescindible equilibrio con el respeto de los derechos individuales que pueden verse afectados, como son los relativos a la privacidad y la intimidad de las comunicaciones²⁹.

²⁹Respecto a este equilibrio, APARICIO SALOM, J.: Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2000, pág. 125, señala que para determinados datos protegidos por la LOPD se establece la obligación de colaborar con las instituciones cuando ejercen sus competencias y se exceptiona el consentimiento previo cuando

No obstante, esta directiva fue declarada nula por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala³⁰, con origen en la resolución de cuestiones prejudiciales que tuvo lugar entre el Tribunal Supremo de Irlanda y el Tribunal Constitucional austríaco, en relación con la controversia suscitada sobre la necesidad de exigencia del principio de proporcionalidad para vulnerar el derecho fundamental. Concluyó el Tribunal en su sentencia la invalidez de la Directiva, por no establecer reglas claras y concretas que regulen los límites de la injerencia de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, que podemos resumir a grandes rasgos en la necesidad de delimitar con claridad, qué delitos graves pueden justificar la intromisión, las personas concretas que pueden ser sometidas a la medida y sus posibles excepciones, así como el periodo en que los datos pueden ser conservados en función de su posible utilización posterior.

Más recientemente el mismo Tribunal de Justicia Europeo (TJE en adelante), Gran Sala, en sentencia de 2 de octubre de 2018, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona, vuelve a tratar la problemática del tratamiento de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE, así como la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas y la posibilidad de acceso a estos datos en función de la gravedad del delito investigado. Analiza esta sentencia el margen que tiene Ley 25/2007 que se aplica a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario, para la investigación de delitos que no tienen la consideración de graves a tenor de lo dispuesto en el Código penal, llegando a la conclusión final de que el art. 15, apartado 1 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que el acceso de las autoridades públicas a los datos asociados a las comunicaciones, que no forman parte estricta de la misma, constituye una injerencia en los derechos fundamentales que no presenta una gravedad suficiente para limitar su ámbito a la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos de los

tengan como destinatario a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal.

³⁰STJUE, Gran Sala, de 8 abril 2014.

considerados graves³¹.

Lo cierto es que esta ley supuso un gran avance en la delimitación de los márgenes a los que debe ceñirse la injerencia en el secreto de las comunicaciones justificada a través de resolución judicial. Según se adelanta en la propia exposición de motivos, la Ley «es respetuosa con los pronunciamientos que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional, respeto que, especialmente, se articula a través de dos garantías; en primer lugar, que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta; y en segundo lugar, que la cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial».

Exige por tanto la ley, un presupuesto habilitante para la cesión de los datos conservados relativos a la comunicación en sí, como es la resolución judicial y los distingue de aquéllos otros datos accesorios de la comunicación, que no forman parte intrínseca de la misma, a los que puede acceder la Policía Judicial en el ejercicio de sus funciones y dentro del marco de una investigación policial, sin necesidad de autorización judicial, cuestión en total consonancia con los arts. 588 ter j) y 588 ter m) que analizaremos más adelante.

Consta la Ley de diez artículos agrupados en tres capítulos. Establece la obligación para los operadores de telecomunicaciones, de «conservar» los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de telecomunicaciones o redes públicas de comunicación, así como el deber de «cesión» de estos datos, a los agentes facultados a través de una autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en leyes penales especiales, tanto sobre

³¹Sentencia del Tribunal de Justicia, (Gran Sala), de 2 de octubre de 2018, en la que se analiza una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona en resolución de un procedimiento seguido con robo con violencia de un teléfono móvil, en el que la Policía Judicial solicitó a distintos proveedores de servicios los datos personales correspondientes a las tarjetas SIM activadas desde el teléfono sustraído en un rango de fechas, solicitud que fue denegada judicialmente y que dio lugar al recurso ante la Audiencia Provincial.

personas físicas como jurídicas.

Establece el artículo 3 un catálogo de los datos que deben ser objeto de conservación, relativos al origen y destino de la comunicación, los datos necesarios para la identificación de la fecha, hora, duración y tipo de comunicación, así como la identificación y localización del equipo desde el que se realiza la comunicación y todo ello, respecto a telefonía de red fija, telefonía móvil y acceso a Internet.

A estos datos se refiere el nuevo art 588 ter m) LECrim, que considera expresamente datos desvinculados de los procesos de comunicación, los concernientes a la identificación de la titularidad de un terminal o de los datos identificativos de cualquier medio de comunicación a los que podrán acceder directamente la Policía Judicial en el ejercicio de sus funciones, con un simple requerimiento a la entidad prestadora de servicios. Podría por tanto entenderse, que el resto de datos a los que se refiere el art. 3 de la Ley 25/2007 y que no se contemplan en el 588 ter m), que no han sido expresamente exceptuados del requisito de la previa autorización judicial para su cesión, continuará sometido a tal exigencia.

Seguidamente, en el art. 5 se establece el período de conservación de datos, con una obligación general para todas las comunicaciones de doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación, que se podrá ampliar o reducir, en función del tipo y categoría de los datos hasta un máximo de dos años o un mínimo de seis meses, tomando en consideración el coste del almacenamiento y conservación, su interés para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave.

Establece en los artículos siguientes, las normas generales y procedimiento de cesión de datos, a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Vigilancia Aduanera y Centro Nacional de Inteligencia.

4.3 Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, sobre la condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

No sin cierta controversia, ya que fue recurrido por la Asociación de Internautas por entender que vulneraba la necesidad de adoptar la forma de ley orgánica, toda vez que afecta al derecho fundamenta al secreto de las comunicaciones, este Decreto viene a desarrollar determinados contenidos de la Ley 25/2007, detallando en sus artículos 83 a 101 la regulación de la interceptación legal de las comunicaciones, así como los datos y el tiempo que deben ser conservados por los operadores de servicios de telecomunicaciones. Ahondaremos en su contenido al abordar la regulación legal que da cobertura al sistema SITEL.

4.4 Ley Orgánica 2/2002 reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

Como se explica en la exposición de motivos de esta Ley Orgánica, el art. 18 de la Constitución Española y el art. 8 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, exige que cualquier actividad que pueda afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, esté prevista en la Ley y constituya una medida que 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 libertades de los demás³².

Precisamente para salvaguardar el principio de legalidad se dicta esta Ley, que consta únicamente de cuatro artículos y que principalmente viene a dar cobertura al Centro Nacional de Inteligencia, para cualquier medida de injerencia en la inviolabilidad del domicilio o la intervención de las comunicaciones cuando lo requiera la urgencia del caso, que no acabo de entender, a la vista que cualquier solicitud presentada ante un Juzgado de

³²Como señala REVENGA SÁNCHEZ, M.: Seguridad nacional y Derechos humanos. Estudio sobre la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2002, pág. 87, por lo que se refiere a la seguridad nacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la interpretación del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos, adopta una actitud huidiza y disponible para acoger, en línea de principio, la doctrina del margen de apreciación a la hora de justificar la restricción legítima de los derechos

Instrucción tiene una respuesta, si no en el mismo día, incluso al momento, en el día siguiente.

Designa la Ley en sus cuatro artículos al Secretario de Estado, director del Centro Nacional de Inteligencia, como la autoridad que debe solicitar la adopción de la medida de injerencia que afecte a la inviolabilidad de domicilio o al secreto de las comunicaciones al Magistrado del Tribunal Supremo competente, que autorizará, o no, en el plazo de setenta y dos horas, con carácter general o veinticuatro horas en caso de urgencia. Seguidamente, en la disposición adicional única, se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial en diferentes artículos con el fin de establecer el sistema para el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer de las autorizaciones a que se refiere la Ley, estableciendo el periodo de su nombramiento, que lo será por cinco años.

Si observamos la regulación que plantea la LO 2/2012, establece un mecanismo de autorización previa sin control judicial posterior. Autorización previa por parte del Secretario de Estado Director del CNI para acordar la injerencia, seguida de la autorización por un Magistrado del Tribunal Supremo. En este caso, el encargado del control del resultado de la injerencia es el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, encargado además, de la solicitud de autorización judicial. Esta solicitud, deberá de comprender los requisitos previstos en la legislación (art. 588 bis b) y la resolución, para caso de autorización, revestirá la forma de auto y deberá contener asimismo los requisitos previstos para las intervenciones de comunicaciones y el debido juicio de proporcionalidad de la medida (art. 588 bis c LECrim), siendo en este momento cuando podríamos decir que se establece cierto control sobre la concesión/autorización de la adopción de la medida restrictiva de derechos fundamentales³³. Pero se plantea además un segundo problema; así, para el dictado de la resolución autorizante, debe incoarse un procedimiento judicial, para el caso de investigación de delitos

³³SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: «Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65, Madrid, 2002, pág. 122, siguiendo a parte de la doctrina, resalta que el objeto de esta regulación no es «conseguir pruebas o detener un presunto delincuente, sino obtener información sobre grupos o personas potencialmente peligrosas para el Estado, su economía, su régimen democrático, etc, y de prevenir ataques futuros».

comprendidos en el art. 579.1 LECrim.

5. TIPOS DE COMUNICACIÓN OBJETO DE PROTECCIÓN.

La comunicación objeto de protección constitucional que ofrece el art 18.3 CE, no solo abarca el contenido de la comunicación entre dos interlocutores, además, existen determinados aspectos que envuelven el contenido de la propia comunicación, que habrá que analizar para ubicarlo bajo la protección de otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE o el derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE. El propio Tribunal Constitucional³⁴, interpreta que el secreto de las comunicaciones, no solo comprende el contenido de la misma, sino que alcanza la identidad subjetiva de los interlocutores, la propia existencia de la comunicación, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica, su momento, duración y destino, con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión.

5.1 Comunicación entre personas.

5.1.1 Comunicación entre varios interlocutores.

La STS 360/2020, con cita de su propia STS 214/18, sienta las siguientes conclusiones al respecto de las grabaciones de conversaciones privadas por parte de uno de los interlocutores:

«1º) La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

2º) Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.

3º) Vulnera el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren en nulidad probatoria, cuando

³⁴STC 114/1984, de 29 de noviembre.

las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los art. 588 y siguientes de la Lecrim.

4º) No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular. (...)»³⁵.

Ya adelantamos anteriormente, que no se cercena el secreto de las comunicaciones por la revelación por parte de uno de los interlocutores del contenido de la conversación. En todo caso, la grabación de conversaciones propias, puede suponer una intromisión en el derecho a la intimidad, por lo que, nada impide que se pudiera articular como prueba aún sin haberse obtenido con la correspondiente autorización judicial, que solo es necesaria cuando la injerencia proviene de un tercero ajeno al proceso de comunicación. Otra cuestión distinta, es que la conversación sea grabada por persona que estando presente en el lugar donde se produce la comunicación, es un tercero ajeno a la misma, en cuyo caso, al no ser interlocutor directo, estaría vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE si se obtuviera sin la resolución judicial necesaria. No obstante, el hecho mismo de la grabación tampoco sería una vulneración del derecho, ya que para la consumación, sería necesaria la difusión de lo grabado para conocimiento de terceras personas³⁶.

5.1.2 Comunicaciones con dispositivos telefónicos.

En el extenso campo del secreto de las comunicaciones, las que se producen a través de dispositivos telefónicos tienen especial relevancia en el mundo del Derecho, por ser uno de los medios de investigación policial más relevantes y seguramente fructíferos, por lo que cabe hacer una reflexión sobre los distintos matices con que nos podemos encontrar al momento de examinar el contenido de aquellas conversaciones telefónicas que han sido obtenidas

³⁵STS 360/2020, de 1 de julio.

³⁶La STS nº 239/2010 de 24 de marzo, señala al respecto que «no conculca secreto alguno impuesto por el art 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado (...)»

de manera lícita por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pero que presentan algunas dudas interpretativas.

El primero de los problemas que se pueden plantear, es si el interlocutor interviniente en la conversación está siendo investigado directamente por la policía y la revelación del contenido de dicha comunicación le incrimina en algún hecho delictivo, habiéndose obtenido sin la pertinente autorización expresa respecto de él. En este caso, lo verdaderamente relevante, es si el contenido de dicha conversación se refiere al hecho delictivo investigado y para el caso de ser así, se podrá incluir como prueba de cargo contra el mismo. Más adelante abordaremos con más detalle los límites que se puedan presentar con los llamados «hallazgos casuales» y la posible «prueba ilícita».

Igualmente, se puede plantear la validez del contenido de la intervención telefónica de un teléfono utilizado por persona que no es su titular, o el caso similar, de teléfono utilizado habitualmente por persona distinta del que aparece como su titular. En estos casos, el Tribunal Supremo, ha venido a delimitar los requisitos y límites para la validación del contenido de las conversaciones telefónicas grabadas con autorización judicial. Así, en la STS 905/2003³⁷, declara que lo relevante es que conste la identidad del titular del móvil para que la intervención sea correcta junto con los demás requisitos de uso constitucional, de suerte que la utilización esporádica de tal móvil, por otra u otras personas del grupo de personas implicado en la actividad delictiva enjuiciada, no exige una nueva autorización de la intervención en función de quien utilizase en cada momento el móvil, que estaría en contra de la lógica de la naturaleza de las cosas, porque tal utilización indistinta no supone corte o censura relevante ni en la autorización judicial concedida, ni en el hecho que se investiga.

5.2 Contenido de teléfonos y dispositivos técnicos.

5.2.1 Acceso a agendas de teléfonos móviles.

El acceso al contenido de una agenda de un teléfono móvil, no implica el

³⁷ STS 905/2003, de 18 junio 2003.

acceso al contenido de una comunicación entre dos personas o interlocutores, por más que pudiera suponer un quebrantamiento del derecho a la intimidad del titular del mismo protegido por el art 18.1 CE. Es por ello, que no se puede considerar este acceso como una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, ni tampoco se constituye como requisito necesario el dictado de una resolución judicial como garantía previa habilitante. En cuanto a la utilización de la información que se pueda obtener de este acceso a las agendas telefónicas o de cualquier dispositivo electrónico, igualmente, si no se obtienen datos que afecten a la comunicación entre personas, tampoco vulneran el secreto de las comunicaciones, por más que se encuentren dentro de un dispositivo o teléfono cuyo principal uso sea el de comunicarse con otras personas, debiendo distinguirse entre el soporte en que se encuentra y el carácter de la información obtenida, siendo la frontera divisoria la comunicación de datos relativos a las comunicaciones³⁸.

5.2.2 Datos existentes en la memoria de un teléfono móvil.

El secreto de las comunicaciones integra determinados aspectos adyacentes al propio proceso de comunicación, como puede ser la identidad de los interlocutores, de ahí, que el acceso a estos datos, que se encuentran en la memoria de los teléfonos móviles, debe ser objeto de protección. Del mismo modo y por los mismos motivos, deberá protegerse el acceso al listado de llamadas entrantes y salientes efectuadas desde el terminal telefónico. Diversas han sido las sentencias dictadas a favor y en contra de la protección de las comunicaciones a esta injerencia sin la oportuna autorización judicial, pero la jurisprudencia³⁹, parece decantarse hacia una protección constitucional

³⁸En este sentido se pronuncia ZOCO ZABALA, C.: *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones LO 13/2015, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, Navarra, Civitas, 2015, pag. 44, donde hace la distinción entre la incautación de cualquier dispositivo tecnológico o teléfono y la información que puedan contener los mismos susceptible de protección por pertenecer al ámbito del secreto de las comunicaciones.

³⁹STS 465/2010 de 13 de mayo, llegando a decir en la misma que «este criterio es francamente inaceptable, ya por la propia literalidad del precepto del art. 18.3 garantiza el secreto de las comunicaciones, un enunciado éste que, en el caso de las telefónicas, no puede reducirse al solo contenido de las que estén produciéndose en el acto, sin que ello suponga limitar seriamente su alcance y redimensionar a la baja su campo semántico y su efectividad».

frente a la injerencia en estos datos extraídos de un teléfono móvil.

5.3 Comunicaciones a través de redes de uso público.

5.3.1 Comunicación vía radio.

Existen redes de comunicaciones que son de uso público, como lo son las de radio aficionados, donde existe un «canal abierto» en el que distintos interlocutores entablan conversaciones y se comunican con otras personas. Por la propia naturaleza del canal de comunicación, siendo este accesible a toda persona que tenga un aparato con el que poder sintonizar y conectarse, deben quedar excluidas del ámbito de la protección del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE. Así se manifiesta la Sentencia STS 1397/2011⁴⁰, donde expresamente excluye la necesidad de autorización judicial, justamente por su accesibilidad por parte de terceros ajenos a la conversación.

5.3.2 Comunicación a través de internet.

Dentro de los distintos canales de comunicación que pueden ser utilizados entre las personas, han cobrado especial relevancia en los últimos tiempos las comunicaciones en tiempo real a través de distintos programas o plataformas de comunicación, como son las denominadas redes sociales, en la que cabe incluir por su especial dimensión “*facebook, whatsapp, twiter*”. Al hablar de estas aplicaciones, cabe hacer la distinción en cuanto a que el contenido de dichas conversaciones sea accesible a cualquier usuario de internet, en cuyo caso, no podrán tener la consideración de privadas y por tanto, ajenas a la protección constitucional del art. 18.3 y aquellos otros supuestos, en que la comunicación es bidireccional y privada entre dos interlocutores o más, pero con el acceso restringido a terceras personas, donde sí será necesaria autorización judicial para poder acceder a su contenido.

⁴⁰ La STS 1397/2011, de 22 diciembre 2011, señala al respecto que «(...) las captaciones de conversaciones radiotelegráficas en frecuencia de uso público no precisan autorización judicial, precisamente por ser de uso público y siendo esto conocido por los usuarios, ello implica una implícita aceptación a la posibilidad de captación (...)».

La doctrina mayoritaria⁴¹ entiende que el carácter público de las redes sociales, por mucho que contengan información íntima de las personas, una vez expuestas voluntariamente por sus titulares, pertenecen a la esfera pública. Otro sector⁴² pone en duda la validez del seguimiento policial a través de la red, por entender que si el individuo fuera consciente de que lo que diga en la red puede servir para incriminarle, probablemente no lo hubiera expuesto públicamente. Yo comparto la visión de la doctrina mayoritaria, ya que entiendo que el uso de las redes denominadas sociales tiene una clara vocación de exposición, no solo de nuestra imagen, sino también de nuestros pensamientos y por qué no, de nuestra propia intimidad, publicándolos conscientemente y sabiendo que los mismos serán leídos por una pluralidad de personas, en definitiva haciéndolos públicos. Esta información, una vez ha adquirido el carácter público ha dejado de ser, por voluntad propia, parte de nuestra esfera íntima, alejándose por tanto de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones.

Uno de los problemas que presenta la persecución de los delitos cometidos a través de internet, es el referido a la competencia y por tanto, el de la autoridad que debe autorizar la intervención de las comunicaciones del investigado. Nuestra LECrim establece el *forum delicti commissi* como el general para determinarla, pero en este tipo de delitos el escenario normalmente se presentará con una distancia geográfica entre el sujeto que realiza el acto y el que la recibe, además de los casos en que los receptores de la ofensa jurídica son múltiples. Para resolver esta cuestión el Tribunal Supremo, Sala Segunda, en pleno no jurisdiccional de 3 de marzo de 2005, proclamo que «el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales será en principio competente para la instrucción de la causa» y como señala MARCHENA GÓMEZ, «este acuerdo no distingue entre jurisdicción y competencia (...) y la solución propugnada permite optar por el doble criterio del lugar de ejecución y lugar del resultado»⁴³.

⁴¹GIMENO SENDRA, V.: «Las Intervenciones electrónicas y la policía judicial», *Diario La Ley*, 2009, núm. 7298, Sección Tribuna, pág. 7.

⁴²NIEVA FENOLL, J.; *Fundamentos de derecho procesal Penal*, Edisofer, 2012, págs. 132-133.

⁴³MARCHENA GÓMEZ, M.: «Dimensión jurídico-penal del correo electrónico», *Diario La Ley*, n.º 6475,

Otra cuestión es el trayecto telemático que tiene lugar desde el inicio de la acción hasta el lugar donde tiene lugar el resultado delictivo, que puede transcurrir incluso por diversos Estados o territorios y dar lugar a la interpretación de que parte del delito es cometido en los mismos y por tanto es posible iniciar su persecución⁴⁴. La ruta telemática de los datos carece de relevancia jurídica al no coincidir con el lugar de inicio de la acción o verificación del resultado lesivo. Esta ausencia de ofensa del bien jurídico en estos «lugares de tránsito» excluye la jurisdicción⁴⁵.

La singularidad de estos delitos que se ejecutan a través de comunicaciones vía internet, en algunos casos plantea dudas respecto a la ley aplicable al caso, que en nuestra legislación se regula inicialmente por lo dispuesto en el art. 7 del Código Penal cuando dice que «a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se considerarán cometidos en el momento en el que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que está obligado a realizar». Una interpretación restrictiva de este precepto nos conduciría a que cualquier ofensa cometida por un medio cibernético cometida por un no español, cuando se iniciara la acción fuera del territorio español, resultaría de imposible persecución en España⁴⁶. El Tribunal Supremo se ha pronunciado a este respecto inclinándose por esta interpretación restrictiva⁴⁷ del art. 7 CP, que habrá que conjugar en cada caso con la norma penal temporal aplicable al caso.

6. PRESUPUESTOS.

Nuestro Tribunal Constitucional ha delimitado los presupuestos que deben cumplirse al momento de acordar cualquier medida de limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en cualquiera de sus

2006, pág. 13.

⁴⁴MARCHENA GÓMEZ, M.: «Algunos aspectos procesales de Internet», Problemática jurídica en torno al fenómeno de internet, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2000, pág. 74-77.

⁴⁵SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I, y GIL DE LA FUENTE, J.: «Problemas de derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet», *Actualidad Penal*, n.º 7, 2002, pág. 70.

⁴⁶RODRÍGUEZ RAMOS, L Y GIL DE LA FUENTE, J.: «Límites de la jurisdicción penal universal española (A propósito de los casos Pinochet y Guatemala)», *Diario La Ley*, n.º 5788, 2003.

⁴⁷STS 143/1999, de 21 de diciembre.

vertientes, y que reduce a tres:

- 1) previsión legal.
- 2) excepcionalidad de la medida limitadora del derecho.
- 3) proporcionalidad de la medida.

En primer lugar, las medidas atinentes a cualquier injerencia en la esfera privada a que se refiere el art. 18.3 CE, deber tener una previsión legal habilitante⁴⁸. Este requisito viene a corroborar el expreso previsto en el art 8.2 del CEDH, que plantea la necesidad de que cualquier injerencia en la esfera privada de los individuos debe estar legalmente prevista en el derecho interno de cada país, por una norma que regule y establezca los límites, garantías y control de la medida.

En cuanto al rango de la norma que habilite la injerencia, el TEDH admite la posibilidad de libertad para los Estados en cuanto a su adopción, aunque considera necesario que se cumplan tres requisitos, a saber⁴⁹:

- 1) Que sea accesible a todos los ciudadanos, lo que comprende no solo su difusión, sino también que sea comprensible para los ciudadanos a los que se dirige.
- 2) Que los destinatarios conozcan las consecuencias previsibles que se puedan derivar de las medidas limitativas del derecho afectado.
- 3) Que la norma contemple las garantías necesarias para controlar la aplicación de la medida y los casos en que se pueda adoptar.

Analizamos con más detalle cada uno de estos apartados:

⁴⁸STC 145/2014 de 22 de septiembre, que concede amparo constitucional por entender que se ha vulnerado el derecho a las comunicaciones por no existir cobertura legal a la intervención con mandamiento judicial de las conversaciones orales mantenidas por dos detenidos en su celda.

⁴⁹En relación con España, la Decisión del TEDH de 7 de septiembre de 2010 (TEDH 2010/92), ap. 39 viene a destacar que “las palabras «prevista por la Ley» en el sentido del art. 8.2 requieren que la medida incriminada tenga una base en derecho interno, pero hacen referencia también a la calidad de la Ley : exigen la accesibilidad de ésta a la persona afectada que además debe poder prever las consecuencias para ella, y su compatibilidad con la preeminencia del derecho”.

1. La accesibilidad de la Ley por parte de los ciudadanos la abordó el TEDH, entre otros, en el caso MALONE contra el Reino Unido -STEDH de 2 de agosto de 1984-, en la que declaró que «el ciudadano debe poder disponer de suficiente información, según las circunstancias, sobre las normas jurídicas aplicables a determinado caso (...) sólo se puede considerar como ley la norma que se expresa con la suficiente precisión para permitir al ciudadano que ajuste su conducta y que pueda, en su caso con los adecuados asesoramientos, prever razonablemente las circunstancias que pueda ocasionar una acción determinada»⁵⁰.

Lo más relevante del contenido de esta sentencia, en lo que afecta a este estudio, lo encontramos en la necesidad de que los destinatarios de la norma puedan acceder a la misma mediante los sistemas de publicación de la misma, que en nuestro ordenamiento jurídico se canaliza a través de la publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE).

2) En cuanto a las consecuencias previsibles para los ciudadanos sometidos a injerencia, el TEDH entiende que es necesario que la ley habilite las injerencias al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones de una manera precisa, en cuanto a los límites en que se debe producir y bajo qué condiciones las pueden adoptar las autoridades competentes⁵¹.

3) Control y garantías. El TEDH lo define como «compatibilidad de las medidas con la preeminencia del derecho» y llama la atención a los ordenamientos jurídicos de los Estados sobre esta exigencia, necesaria para la adopción de cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental como el secreto de las comunicaciones. En definitiva, se trata de delimitar mediante una norma con rango de ley, el poder de las autoridades a las que se atribuya la potestad para la adopción de las medidas, así como su control de legalidad.

Hasta la reforma de la LECrim por la LO 13/2015, la legislación española

⁵⁰Se expresa en los mismos términos el TEDH en SSTEDH de 25 de marzo de 1998. caso Kopp contra Suiza & 55.

⁵¹En el caso Prado Bugallo contra España, estima la vulneración del derecho del art. 8.1 del CEDH porque, como indica la STC 184/2003 «el actual art. 579 LECrim no cumple con las exigencias requeridas por dicho precepto relativas a la previsión legal de la injerencia».

no cumplía con esta exigencia de previsión legislativa, cuestión que había sido expresamente declarada por el propio Tribunal Constitucional en su STC 184/2003⁵², en la que interpreta que esa indefinición atenta directamente contra la protección que ampara el art. 18.3 CE. No obstante, en la misma sentencia viene a justificar al legislador en cuanto a la falta de previsión e interpreta el núcleo normativo en su conjunto, para convalidar los efectos de las intervenciones de comunicaciones acordadas en el seno de un procedimiento judicial y así lo expresa en el Fundamento jurídico sexto, diciendo que «(...) si bien estamos en presencia de una vulneración del art. 18.3 CE, autónoma e independiente de cualquier otra; la insuficiencia de la Ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental, para que dicha vulneración pueda tener efectos sobre las resoluciones judiciales impugnadas en amparo es preciso en primer lugar, que la actuación de los órganos judiciales, que autorizaron las intervenciones, haya sido constitucionalmente ilegítima; esto es, que a ellas sea imputable de forma directa e inmediata la vulneración del derecho fundamental (art 44.1.b LOTC. Y a estos efectos, si, pese a la inexistencia de una Ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se refiere, hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha Ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas»⁵³.

Sigue el Tribunal Constitucional, la línea marcada por el TEDH en su STEDH de 06.09.1978 (caso Klass contra la República Federal de Alemania) en la que apunta que a pesar de que el párrafo 1º del art. 8 del CEDH. no se refiera expresamente a las conversaciones telefónicas, declara que hay que

⁵²STC 184/2003 de 23 octubre (FJ 5), «el art 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH».

⁵³STC 49/1999, de 5 de abril (F.J. 5), «*mutatis mutandis*» STC 47/2000 de 17 de febrero.

entender que estas forman parte de lo que puede considerarse la vida privada o la correspondencia de los ciudadanos y por tanto, debe ser objeto de protección.

La reforma de la LECrim tras la LO 13/2015 introduce un nuevo régimen legal, cubriendo las insuficiencias y defectos recogidos a lo largo de los años, tanto por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en nuestro país, como el Tribunal de Estrasburgo a nivel europeo, con la pretensión de dar respuestas a las carencias puestas de relieve por todos ellos.

Otro mecanismo de control y garantías que no hemos abordado anteriormente, es el régimen de recursos que se debe establecer contra las resoluciones en que se acuerde la intervención de comunicaciones, para así dar también cobertura legal a las previsiones que al respecto se especifican en el Convenio de Roma y que el TEDH también ha reiterado como necesarios⁵⁴.

7. PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA Y FIN LEGÍTIMO.

En la misma línea de los epígrafes anteriores, la legitimación, entendida como el derecho del Estado a través de los poderes públicos a la injerencia en el secreto de las comunicaciones de sus ciudadanos, ha sido contemplada por la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, que ha venido colmando la laguna legal que existía en la materia, para adecuarla a las exigencias del CEDH en su art. 8.2, donde se definen las finalidades que legitiman cualquier injerencia en este derecho.

Esta legitimación se ha incorporado a través de la regla de proporcionalidad, que debe presidir cualquier decisión que implique la injerencia o limitación del derecho al secreto de las comunicaciones. En este

⁵⁴TEDH, Sentencia de 25 de marzo de 1998, caso KOPP contra Suiza donde señala que “el art. 8.2 exige que la ley sea compatible con la preeminencia del derecho: Cuando se trata de medidas secretas de vigilancia o de interceptación de comunicaciones por las autoridades públicas, la ausencia de control público y el riesgo de abuso de poder implican que el derecho interno debe ofrecer al individuo una cierta protección contra las injerencias arbitrarias en los derechos garantizados por el art. 8”.

sentido se expresó el Tribunal Constitucional en su STC 261/2005⁵⁵, en la que elevó el presupuesto necesario de la proporcionalidad de la medida a su propia constitucionalidad. Destaca esta sentencia que lo relevante es el interés general, que en este caso, se orienta a la represión, descubrimiento y participantes de una actividad delictiva, como preeminente sobre el derecho al secreto de las comunicaciones y que efectuado el juicio de proporcionalidad, se justifica la adopción de la medida. En epígrafes posteriores analizaremos este presupuesto con más profundidad.

8 LIMITES.

La esfera del derecho al secreto de las comunicaciones converge con otros derechos que también afectan a la esfera más íntima de los individuos, a su privacidad, como son los relativos a la inviolabilidad de los envíos postales, la protección de datos, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del art 18.1 CE.

8.1 Colisión con el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es un derecho personalísimo, que confiere a su titular la capacidad de autodeterminación y control de qué partes de su esfera más íntima consiente en que queden expuestas públicamente, ante qué personas y en qué grado. Este derecho tiene dos vertientes, una restrictiva o de exclusión para la defensa de la esfera privada de las personas frente a intromisiones de terceros y otra que se exterioriza a través del control de la información que sale de esa esfera personal y que solo se puede utilizar conforme a la voluntad del

⁵⁵STC 261/2005, de 24 de octubre, «en relación con este principio, la medida autorizada tiene que ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a su enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (...), esta intervención puede ser constitucionalmente ilegítima cuando no es imprescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación en curso o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales».

individuo titular del derecho⁵⁶. La LO 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen no contiene una definición concreta de este derecho, si bien detalla un catálogo de acciones que constituyen vulneraciones o intromisiones en este derecho.

El art. 18.1 CE otorga el derecho de los individuos al respeto de su intimidad. No obstante, esta garantía no hace referencia a su secreto, como es el caso de las comunicaciones, sino que se refiere a la intimidad sin más⁵⁷. La zona de colisión más patente la encontramos en aquellos casos de grabaciones de conversaciones reveladas por uno de los interlocutores intervinientes en el proceso, sin el consentimiento del otro. Esta grabación, en principio no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, pero en función de que los datos que se revelaran como consecuencia de la publicidad de la misma, puedan vulnerar el derecho a la intimidad, si es que afecta a aspectos íntimos de su vida como puede ser su vida sexual, enfermedades o cualquier otro que no fuera conocido y patente por personas ajena a su círculo más cercano. El consentimiento prestado para participar en una conversación con uno o varios interlocutores, no puede presumirse que comprende la facultad de interceptación de la comunicación por cualquiera de ellos, por lo que deberá otorgarse de manera expresa. Por otra parte y como consecuencia de lo anterior, es necesario el consentimiento de todos y cada uno de los intervinientes en el proceso comunicativo, para su grabación⁵⁸ por parte de cualquiera de ellos.

El Tribunal Constitucional se ha encargado de delimitar las esferas de

⁵⁶GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución Española*, Editorial Civitas, 3ª edición, Madrid, 2001, pág. 415, hace un análisis de la figura del derecho a la intimidad, entendiéndolo como el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, que permite excluir a extraños de su conocimiento y evitar dar publicidad no deseada.

⁵⁷GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Secreto de las comunicaciones y protección de la intimidad», dentro de *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 7, hace una exposición donde diferencia entre determinados supuestos que generan duda en cuanto a si están amparados por la protección del derecho a la intimidad, para los casos de grabaciones obtenidas por uno de los interlocutores sin el consentimiento del otro interviniente en el proceso de comunicación.

⁵⁸En este sentido se pronuncia REBOLLO VARGAS, R.: «Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen u la inviolabilidad de domicilio», en *Comentarios al Código Penal*. Marcial Pons, Barcelona, 2004, págs. 460-461.

estos derechos, poniendo de manifiesto cuatro diferencias sustanciales entre ambos para distinguirlos, que encontramos en las SSTC 115/2013⁵⁹, 170/2013⁶⁰, y STC 281/2006⁶¹, donde ponen de manifiesto las siguientes,

1) Resolución Judicial. Cuando el derecho en juego es el del secreto de las comunicaciones, debe mediar una resolución judicial que autorice la injerencia⁶², salvo los casos de consentimiento expreso del interesado, mientras que aquéllas injerencias que sean proporcionadas, como puede ser la instalación de una cámara de vigilancia en un lugar de nuestra propiedad, no necesitan de resolución judicial por considerar que la injerencia es mucho menor.

2) Protección formal y material. En el derecho al secreto de las comunicaciones, la protección es tanto material, referido al contenido de la comunicación, como formal, en cuanto al procedimiento a través del cual se autoriza la injerencia, que se dará en el marco de una investigación penal para la persecución y castigo de hechos delictivos. Por contra, en el derecho a la intimidad, la protección recae exclusivamente en el ámbito material, en cuanto que forma parte de la esfera íntima de las personas y merece protección, excluyéndose cualquier otra forma de protección referida a aspectos formales.

3) Límite temporal. La injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones se produce de manera simultánea al propio proceso de comunicación, de modo que pasado este tiempo, ya no podemos hablar de secreto de las comunicaciones, sino que será el derecho a la intimidad el vulnerado. Finalizado el proceso de comunicación, en sus distintas vertientes,

⁵⁹STC 115/2013, de 9 de mayo.

⁶⁰STC 170/2013, de 7 de octubre.

⁶¹STC 281/2006, de 9 de octubre.

⁶²GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: *La interpretación de la Constitución Española por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2005, pág. 347, analiza el ámbito de protección de ambos derechos, concluyendo que la principal diferencia estriba en que, para la injerencia el secreto de las comunicaciones, es necesaria una resolución judicial, mientras que no existe en la Constitución una reserva absoluta previa de resolución judicial. para el acceso al contenido del derecho a la intimidad.

telefónica, postal, telemática, finaliza la posibilidad de injerencia.

4) Límite personal. El secreto de las comunicaciones afecta a los que intervienen en la misma, con independencia del número de intervinientes en la comunicación, quedando fuera de la protección de este derecho aquellas terceras personas ajenas a la comunicación, que en todo caso verán afectado su derecho a la intimidad.

Se trata por tanto de derechos autónomos⁶³ con sustantividad propia y con sus propios mecanismos de libertad en su ejercicio y su posibilidad de injerencia.

8.2 Colisión con el derecho a la protección de datos.

La cesión de datos de abonado o de tráfico en poder de las compañías prestadoras de servicios de telecomunicaciones, puede suponer una vulneración de la LO 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD en adelante), ante la posibilidad de afectar al derecho a la intimidad, por tanto, nos podemos encontrar con que estos datos de tráfico y de abonado en poder de las compañías, pueden llegar a gozar de la doble protección que les otorga el derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones⁶⁴, por lo que cualquier resolución que afecte a estos datos, debe observar un plus en cuanto a la proporcionalidad de la medida.

Por otra parte, el soporte que contiene los datos obtenidos como resultado de una intervención telefónica, contiene además, otros datos de carácter personal. Estos datos, por una parte quedan expuestos a la vista de todos y por otra, gozan por ley de protección⁶⁵. Tal es así, que el propio Defensor del

⁶³RODRÍGUEZ RUIZ, B.: El secreto de las comunicaciones ... op. cit., pág. 23, señala que ambos derechos son autónomos, catalogando el derecho al secreto de las comunicaciones como un derecho, aunque autónomo, englobado dentro del derecho a la intimidad, de ahí su estrecha vinculación.

⁶⁴HERNÁNDEZ GUERRERO, F.J.: «La intervención de las comunicaciones electrónicas», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal III*, 2001, pág. 323, hace un análisis del tratamiento de los datos accesorios a la comunicación.

⁶⁵MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Consideraciones comunes a los arts. 49,50 y 51 de la Ley General de Telecomunicaciones, dentro de *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*,

Pueblo planteó recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de esta ley, por entender que no se puede sustraer del poder de disposición de los individuos el tratamiento de determinados datos que afectan directamente a la esfera de su intimidad. Así lo entendió el Tribunal Constitucional ⁶⁶, considerando que al formar parte de este derecho fundamental es necesario el consentimiento del titular para cualquier tratamiento o disposición que se de a los mismos, añadiendo que el individuo posee un poder de disposición sobre sus datos personales, del uso y destino dado a los mismos por terceros, que comprende no solo los íntimos, sino cualquier dato personal que considere relevante, que impone a los poderes públicos la articulación de los mecanismos necesarios para su protección.

Esta imposición es la que obliga a que los datos obtenidos como consecuencia de una intervención de comunicaciones, que sean ajenos a los directamente investigados, deben ser puestos en conocimiento de los interesados para que den su consentimiento al acceso y utilización de los mismos.

Editorial Civitas S.A., Madrid, 1999, págs, 425 y ss, resalta que este derecho encuentra su fundamento en el art. 18.4 CE, bajo el régimen jurídico de la LOPD y que es preciso deslindarlo del derecho a la intimidad, en el que el individuo ostenta un papel más activo en cuanto al control del uso y destino de sus datos personales, especialmente en el desarrollo de las comunicaciones acaecida por medios informáticos.

⁶⁶En la STC 292/2000, de 30 de noviembre se pronunció en este sentido al señalar que «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».



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO II

ANÁLISIS DE LA L.O. 13/2015 DE MODIFICACIÓN DE LA L.E.CRIM

1. INTRODUCCIÓN.

El seis de octubre de dos mil quince se publica en el B.O.E. la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. En el mismo BOE se publica la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Ambas Leyes, suponen el enésimo fracaso en la renovación de la LECrim de 1882 que nuevamente se parchea, para cubrir determinadas deficiencias de contenido y adaptarla, por una parte, a la utilización generalizada de nuevas tecnologías por la población en general y por otra, a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional y Supremo en aquellas cuestiones donde existía un vacío normativo, principalmente en la regulación de las intervenciones telefónicas. Aprovecha la ocasión el legislador, además, para adaptar ciertos términos jurídicos utilizados recurrentemente en la LECrim a los tiempos actuales, introduciendo la figura de nuevo cuño de investigado o encausado⁶⁷.

En lo que se refiere a la LO 13/2015 y según señala en la exposición de motivos, incide directamente en aquellas materias relacionadas o que afectan a los arts. 18 y 24 de la Constitución Española, aprovechando además el momento, para introducir en el ordenamiento interno español la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013,

⁶⁷GIMENO BREVIÁ, J.: «Principales novedades de la reforma de la LECrim 2015», *Dossier reforma de la Ley Enjuiciamiento Criminal*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pág. 16.

sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y autoridades consulares durante la privación de libertad.

En lo que se refiere al secreto de las comunicaciones, hace una especial mención al reconocimiento de la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado, que podrá ser limitada cuando concurren determinadas circunstancias, como la presencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado.

Renombra la LO 13/2015 el Título VIII del Libro II, al que titula «De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución»; distingue este título diez capítulos, el Capítulo I referido a la entrada y registro en lugar cerrado y los nueve siguientes, dirigidos a regular de la manera más minuciosa posible toda la materia relativa al secreto de las comunicaciones, distinguiendo en el capítulo III «de la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica» donde únicamente modifica el art. 579 y el resto de capítulos hasta el X, centrándose en las comunicaciones telefónicas, telemáticas y en general aquéllas relacionadas con las nuevas tecnologías, no solo en su vertiente de medio de comunicación entre personas, sino que además aborda la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imagen, dispositivos de almacenamiento masivo y registros remotos de equipos informáticos. Modifica a lo largo de estos capítulos el art. 588 en innumerables apartados y subapartados que dificultan su localización.

Entrando en el contenido de la reforma, por un lado, se desgranar de manera minuciosa en las disposiciones generales el contenido formal de la solicitud de intervención y por otro, la resolución judicial que habilita la injerencia, incluyendo además otras cuestiones relacionadas como las solicitudes de prórroga, cese y control de la medida, la afectación de terceras personas y la destrucción final de los registros.

Sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas, se introducen los principios generales que deben presidir la resolución que autorice una intervención, que incluirá un análisis objetivo y subjetivo de la medida y como

novedad destacable, introduce unos plazos máximos de duración de la medida, fijando la necesidad de eliminación de los soportes que contienen las grabaciones originales al finalizar el procedimiento, sin duda como medida reparadora de la intrusión en el derecho constitucional del secreto de las comunicaciones.

El Tribunal Supremo, en numerosas ocasiones hasta ese momento, venía subrayando la necesidad de abordar de manera inaplazable una nueva regulación de las intervenciones de comunicaciones, adaptando la legislación a las exigencias de la jurisprudencia del TEDH en cuanto a la necesidad de que la injerencia en este derecho fundamental se asiente en una norma legal, que regule su autorización y control por la autoridad judicial. Además, el legislador ha jugado sobre seguro, transponiendo a la LECrim un compendio de la jurisprudencia consolidada en la materia, emanada del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, de tal manera, que el tránsito de la aplicación de esta nueva ley apenas ha tenido incidencia en la aplicación práctica en los tribunales, que de hecho ya venían aplicando esta regulación, siguiendo los criterios marcados por los altos tribunales a través de su jurisprudencia.

Independientemente del contenido de la reforma, parece oportuno hacer un apunte crítico general, ya que por más o menos acertada que pueda ser la nueva regulación, el simple hecho de dejar pasar la oportunidad de elaborar un nuevo texto íntegro, que parecía apuntaba a convertirse en una realidad, por los sucesivos anuncios del que se venía denominando como el nuevo «código procesal penal», ha acabado sucumbiendo a las exigencias temporales de una legislatura que resultó insuficiente para madurar y consensuar un texto completo, esperado por la doctrina y los distintos operadores jurídicos como una oportunidad que es posible que no pueda tener solución en bastantes años, por la dificultad que entraña alcanzar la mayoría parlamentaria necesaria para aprobar una Ley Orgánica en la parte que atañe a la regulación de derechos fundamentales, como el del secreto de las comunicaciones.

2 CAPITULO IV DEL TÍTULO VIII. DISPOSICIONES COMUNES

2.1 Principios rectores.

La nueva regulación prevista en la LO 13/2015, prevé expresamente entre las disposiciones comunes que sirven a todas las medidas de investigación tecnológica, un conjunto de principios rectores que legitiman la injerencia en la esfera íntima de los investigados, cuyo contenido y alcance, ha sido reiterado por una doctrina más que consolidada del Tribunal Supremo y nuestro Tribunal Constitucional. Son los principios de proporcionalidad, idoneidad, especialidad, excepcionalidad y necesidad. Así se recoge en el art. 588 bis a) que expresamente exige para la adopción de la medida «la plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad».

El principio de proporcionalidad implica que la investigación esté dirigida a la averiguación y represión de delitos graves, cuya concreción debe realizarse, no solo en atención a la pena prevista para el delito, sino también al reproche que despiertan determinadas conductas que generan una alarma social, a veces temporal, que empuja a los legisladores de turno a establecer mecanismos expresos para luchar y en la medida de lo posible prevenir la comisión de determinados delitos. El segundo principio a que ha de responder la medida es el de especialidad, en tanto que ha de estar relacionada con un delito concreto, siendo reprobables las investigaciones de conductas generales de un determinado individuo, debiendo centrarse la investigación en una persona concreta y suficientemente identificada. También debe observarse el principio de excepcionalidad e idoneidad de la medida, de tal forma que, solo debe adoptarse la medida restrictiva de derechos fundamentales cuando no sea posible emplear medidas menos gravosas para el individuo investigado y que sean igualmente útiles; es decir, como entiende LÓPEZ ORTEGA, ha de ser proporcionada tanto en la finalidad perseguida con la injerencia, como en su intensidad⁶⁸.

⁶⁸ LÓPEZ ORTEGA, J.J.: «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez». *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXII: Perfiles de derecho constitucional a la vida privada y familiar, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 280-281.

2.1.1 Principio de proporcionalidad.

Este principio lo recoge expresamente el nuevo art. 588 bis a), párrafo 3º donde establece que: «las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, 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. Para la ponderación de los intereses en conflicto, 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». Esta ponderación exige una proporción entre el interés general de la sociedad, que se pretende defender al adoptarse la medida y el particular y limitado de un ciudadano que ve como queda expuesto su derecho al secreto de las comunicaciones⁶⁹.

Como defiende, a mi juicio con acierto, el profesor ALONSO PÉREZ, el principio de proporcionalidad está estrechamente relacionado con el requisito de la motivación y su valoración se descompone en tres juicios a que debe someterse la resolución que contenga la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones: «el de idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto; el de necesidad o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental, y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»⁷⁰.

Como señala la Circular 1/2019 de la FGE «el precepto se estructura mediante una primera definición del principio de proporcionalidad, en el que deben valorarse, por un lado, los “derechos e intereses afectados por la medida”, es decir los de la persona implicada, y por otro, el “interés público y

⁶⁹Esta postura también es defendida por GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pags, 187 y ss.

⁷⁰ALONSO PÉREZ, F.: «Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario», *Diario La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-115, tomo 4*, Editorial La Ley, 2001, pag. 3.

de terceros”»⁷¹.

El Tribunal Supremo se ha expresado en este sentido en las SSTS 841/2014⁷² y 746/2014⁷³, en las que destaca la excepcionalidad de la medida de intervención de las comunicaciones, ponderando el interés del Estado en la persecución de las actividades delictivas, con el derecho de todo individuo a estar protegido de cualquier injerencia que resulte arbitraria, que solo debe ceder en el caso de investigación de delitos de suficiente entidad para anteponer el interés social al propio de cada individuo y que debe adoptarse por la autoridad judicial, mediante un proceso íntimo de ponderación de los intereses en juego, en el que se debe valorar si el resultado esperado con la medida será suficiente para sacrificar el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones del que son titulares, no solo los individuos, sino la propia sociedad en su conjunto; de ahí que, inicialmente, solo durante la investigación de determinados delitos se deba acudir a esta medida excepcional⁷⁴.

⁷¹Circular 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. BOE 22/marzo/2019.

⁷²STS 841/2014, de 9 de diciembre.

⁷³STS 746/2014, de 13 de noviembre, donde expresa que «de la nota de proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible.

Frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este medio excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de derechos delictivos graves, y desde luego, entre ellos aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada; de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio de ponderación concretado a cada caso, el sacrificio del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida.

En repetidas ocasiones esta Sala ha manifestado la conveniencia de que la Ley prevea con claridad el protocolo a seguir para este medio de investigación y la clase de delitos que pudieran justificar este medio excepcional de investigación, bien estableciendo un catálogo seriado de delitos, bien atendiendo a la pena a imponer a los delitos susceptibles de ser investigados con este medio».

⁷⁴La Circular 1/2019 de la Fiscalía General del Estado... op. cit. señala al respecto en su punto 2.2.4 que «la regulación actual, en casos determinados (interceptación de comunicaciones telefónicas y

La jurisprudencia ha apreciado la concurrencia de proporcionalidad en un catálogo de delitos de particular gravedad o que generaban en la sociedad del momento una particular alarma, entre los que destacan los tradicionales relacionados con el terrorismo o el tráfico de drogas y otros no tan tradicionales como la revelación de secretos por parte de funcionario público (STS de 13 de diciembre de 2000), el cohecho en el que se intentó corromper a un Inspector de Hacienda (STS de 2 de abril de 2009). En definitiva, son numerosos y dispares los delitos en los que ha apreciado la proporcionalidad de la medida adoptada, lo que nos lleva a la convicción de que las intervenciones telefónicas se han convertido en un medio de investigación policial y judicial totalmente normalizado por el sistema como válido y eficaz, dejando escaso margen a la posible vulneración de los derechos fundamentales de las personas investigadas, en los que cabe preguntarse si no habría otros medios de investigación también idóneos para obtener los mismos resultados, por mucho que la investigación tuviera que dilatarse en el tiempo o emplearse otros medios, generalmente humanos, más costosos que la intervención telefónica.

El principio de proporcionalidad se ha introducido en la LECrim a través de la reforma operada por la LO 13/2015, estableciendo en el art. 588 bis a) los diferentes principios que deben presidir cualquier resolución de medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones y en el art 588 bis c), la obligación de inclusión de los fines que se persiguen, con la resolución autorizando de la medida de injerencia en el derecho.

2.1.2 Principio de especialidad.

Otro de los principios a seguir al momento de la adopción de la medida es el de especialidad. Así, la finalidad perseguida debe ser la de la investigación de un delito concreto y la imputación a sus responsables, quedando fuera de este principio las intervenciones llamadas prospectivas y las

telemáticas, captación y grabación de comunicaciones orales y registros remotos sobre equipos informáticos), ha establecido listados de delitos que, en función de su gravedad, permiten la adopción de las medidas referidas. En tales supuestos, el juicio de proporcionalidad debe partir de ese mismo, lo que no implica que la medida resulte, finalmente, adecuada, puesto que deberá revestir las restantes exigencias de la norma.

predictuales, es decir, no es admisible acordar una intervención para una investigación en general, sin una concreción de los hechos delictivos que se investigan y sus posibles responsables y que inexorablemente deben formar parte del contenido de la resolución judicial que la autorice.

Se ha introducido el principio de especialidad en la L.E.Crim en el párrafo 2ª del art. 588 bis a), que establece que dicho principio, «exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva». Este artículo pone de manifiesto la necesidad de concreción de la medida, es decir, determinar la necesidad de acudir a un medio tecnológico para esclarecer los hechos investigados y la determinación de la autoría de los mismos, desechándola cuando se dirija a otros fines distintos o meramente prospectivos⁷⁵, debiendo dirigirse, por tanto, única y exclusivamente a la investigación del delito e intervinientes contemplados en la resolución judicial autorizante, incurriendo en caso contrario en una causa de nulidad absoluta, que impediría la utilización posterior del material probatorio que se pueda obtener de esta manera⁷⁶.

El principio de especialidad, inicialmente, autoriza la medida dirigida a la investigación de un delito concreto, pero puede ocurrir que al momento de la ejecución de la medida por la autoridad policial autorizada, aparezcan nuevos descubrimientos ocasionales o casuales, que pongan al descubierto nuevos hechos que no tengan conexión con la investigación en curso o bien hechos inconexos a los investigados, que pueden afectar a personas distintas a las investigadas, generándose en torno a esta cuestión la denominada «doctrina de los descubrimientos casuales».

2.1.3 Principios de excepcionalidad, idoneidad, necesidad y

⁷⁵ÁGUILA SÁNCHEZ, C.: «La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el proceso penal (1)», Diario La Ley, n.º 9303, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 21 de Noviembre 2018, pág. 3.

⁷⁶RIVES SEVA, A.P.: *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*. Ed. Bosch, Barcelona, 2010, pág. 186-187.

subsidiariedad.

La reforma de la LO 13/2015 ha acogido estos principios en el nuevo art. 588 bis a), párrafos 3º y 4º en los que dispone:

«3º el principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

4º En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:

a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b) cuando 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 vean gravemente dificultada sin el recurso a esta medida».

Estos principios se erigen en auténticas garantías para el control del poder, que proporciona a los investigadores la utilización de las técnicas novedosas de investigación en que se han convertido las intervenciones telefónicas. Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, podemos referirnos a estos principios como un conjunto de garantías que deben contemplarse sistemáticamente y de manera conjunta al momento de la adopción de una resolución limitadora del derecho al secreto de las comunicaciones en el transcurso de una investigación, en la que se deben haber agotado otros posible cauces para la obtención del resultado que se pretende (SSTS 841/2014⁷⁷ y 746/2014⁷⁸).

⁷⁷STS 841/2014, de 9 de diciembre.

⁷⁸STS 746/2014, de 13 de noviembre, donde afirma que, «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 por lo que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria (...) la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa

El principio de necesidad se introduce en nuestro derecho a través de la doctrina del Tribunal Constitucional, asimilando la del TEDH, que venía advirtiendo en sus resoluciones del peligro que supone la utilización abusiva de tales injerencias en el derecho fundamental. Debe ser por tanto, utilizando las palabras de NARVÁEZ RODRÍGUEZ «necesario en una sociedad democrática»⁷⁹, respondiendo a una necesidad que debe «resultar proporcionada a la finalidad legítima perseguida». Esta necesidad, es a la que se ha venido refiriendo el TEDH interpretando el art. 8.2 CEDH⁸⁰ e implica el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones en favor del interés general en la averiguación y represión del delito. En la sociedad actual, el impacto sociológico de determinadas conductas delictivas, modula el concepto de gravedad del delito investigado acudiendo a criterios que sobrepasan la pena impuesta por el legislador al hecho punible.

2.2 Solicitud de autorización judicial.

La CE atribuye al Poder Judicial la potestad de autorizar las intervenciones telefónicas, siendo los únicos competentes para sacrificar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en el curso de un procedimiento. A esta atribución al Poder Judicial responde el nuevo art. 588 bis b), que establece respecto a la solicitud de autorización judicial:

«1. El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial».

La medida de intervención telefónica podrá ser acordada de oficio por el

como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional (...) Idoneidad porque este medio aparezca adecuado para los fines de la instrucción, necesidad porque no existe otro medio de investigación menos invasivo y subsidiariedad porque ya se han agotado otros medios de investigación».

⁷⁹NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: Magistrado del Tribunal Constitucional «Alcance Constitucional de las nuevas medidas de investigación». *Ponencia Centro Estudios Jurídicos*. Madrid 2015, pág 32.

⁸⁰En STEDH de 20 de junio de 1988, caso SHÖNENBERGER y DURAZ contra Suiza destaca que «para revestir un carácter necesario en una sociedad democrática, una injerencia debe basarse sobre una exigencia social imperiosa y especialmente ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida».

juez, a instancia del Ministerio Fiscal o de la policía judicial. No se concederá por tanto, a instancia de una acusación particular o popular. No obstante, si en el transcurso de un procedimiento fuera solicitada por esta acusación, nada parece impedir que el juez, bajo su propio criterio, pueda acordarla de oficio. No olvidemos que la resolución en la que se acuerde la medida debe estar razonada y sometida al juicio de valor que imponen los principios rectores analizados anteriormente.

También quedan excluidos de la necesidad de resolución judicial los supuestos comprendidos en el nuevo art. 588 ter d) 3º que establece: «en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este art., podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida».

Merece también una reseña la posibilidad de intervención o suspensión de las comunicaciones de los reclusos, prevista en la Ley General Penitenciaria, que podrá acordarse por el Director del establecimiento penitenciario, de forma motivada, dando cuenta seguidamente al Juez de Vigilancia penitenciaria⁸¹.

Por último, la resolución que contenga la medida debe cumplir unos requisitos formales de obligado cumplimiento que aseguren la legalidad de la medida y su efectivo control, cuya inobservancia no puede ser tratada como un simple error de forma⁸². Estos requisitos se introducen en la LECrim con el

⁸¹ STC 106/2001, de 23 de abril.

⁸² STS 1356/2011, de 12 de diciembre, en la que se refiere a éstas diciendo que «la adopción de injerencias en derechos fundamentales exige un escrupuloso respeto y una observancia de la disciplina de garantía dispuesta en la ley para asegurar la judicialidad de la medida y el efectivo control de su ejecución. La falta de firmas evidencia, cuando menos, un descontrol judicial de la

nuevo art. 588 bis b) 2º, enumerando los que debe contener la petición que se efectúe al juez de instrucción para la adopción de la medida de investigación de delitos tecnológicos:

«1º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos.

2º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el art. 588 bis a), así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia.

3º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.

4º La extensión de la medida con especificación de su contenido.

5º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

6º La forma de ejecución de la medida.

7º La duración de la medida solicitada.

8º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse».

Tratándose de intervenciones telefónicas el art 588 ter d) exige que la solicitud de autorización judicial contenga, además de los requisitos mencionados en el art. 588 bis b), los siguientes:

«a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica,

b) la identificación de la conexión objeto de la intervención o

c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate».

La petición efectuada en estos términos es la que proporciona al juez los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad necesario al momento de dictar la resolución en la que se adopte la medida, así como las

injerencia que no puede ser tratada como mero error sin relevancia alguna».

bases necesarias para determinar la competencia objetiva del órgano jurisdiccional que la debe de adoptar en atención a las circunstancias concurrentes y en definitiva, son las que la doctrina del Tribunal Supremo ha venido exigiendo a lo largo del tiempo, para suplir el vacío legislativo que imperaba hasta la fecha en cuanto al contenido de la resolución judicial habilitante de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones de los ciudadanos.

2.3 Resolución judicial.

La resolución judicial autorizante, debe adoptar la forma de auto motivado, como señala RIVES SEVA: «la resolución judicial ha de ser motivada, debiendo adoptar la forma de Auto en el que se contengan no sólo los presupuestos fácticos que condicionan la medida, sino también los razonamientos jurídicos que la justifican. La motivación no solo es una exigencia formal impuesta al juez, sino también una garantía para que la persona afectada pueda, en su momento, valorar y combatir la adecuación de la medida a los presupuestos legales y jurisprudenciales, exigidos para legitimar una decisión tan lesiva para el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas». Así lo dispone el nuevo art. 588 bis c) 1º cuando establece, «El juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal»⁸³.

Lo que cabe entender por derecho a una resolución motivada, fue resuelto en STS de 31 de octubre de 1998 incluyendo en sus razonamientos, que «el derecho a una resolución motivada consiste en el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales, sin que sea exigible una extensión determinada, y sin que el Juez o Tribunal esté obligado a realizar exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, siendo suficiente el que tales razones se expresen de modo que pueda entenderse el porqué de lo resuelto, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad y siendo las peculiares circunstancias del caso, así como la naturaleza de la resolución de que se trate las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de las razones

⁸³RIVES SEVA, A.P.: *La intervención de las comunicaciones...*, *op. cit.*, pág. 164.

expuestas a los fines de tener o no por cumplido el requisito»⁸⁴.

La motivación debe ser razonable y despejar cualquier duda sobre el convencimiento de que la decisión se ha adoptado bajo el principio de proporcionalidad de la medida, suficiente para justificar la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Esta motivación ha sido un requisito declarado indispensable reiteradamente por la jurisprudencia, entre otras SSTS 625/2013⁸⁵ y 77/2014⁸⁶. Por tanto, la falta de motivación en la resolución judicial habilitante, supone un quebrantamiento del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en STC 85/1994⁸⁷, en la que además, equipara la falta de motivación a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que trae como consecuencia la nulidad, no solo del resultado obtenido como consecuencia de la resolución carente de motivación, sino además, de las actuaciones que se deriven de la misma en lo referente a su contenido.

El contenido de la resolución judicial que autorice la medida se establece en la nueva regulación que ofrece el art 588 bis c) 3º, en el que indica los siguientes requisitos:

«a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.

⁸⁴STS 1270/1998, de 31 de octubre.

⁸⁵STS 625/2013, de 9 de julio.

⁸⁶STS 77/2014, de 11 de febrero.

⁸⁷STC 85/1994, de 14 de marzo, en la que señala que «la falta de motivación de la resolución judicial que autorizó la escucha contradice el derecho a la tutela judicial efectiva y supone la nulidad de su resultado y de todas las actuaciones que traigan su causa del contenido de las grabaciones. Y en cualquier caso, como señaló la STC 54/1996 de 26 de marzo, está huérfana de motivación la resolución que no recoge ni las personas afectadas con la intervención (fácilmente determinables en el caso), ni determina el hecho punible investigado, ni explicita las razones que determinaron la adopción de tal medida, ni tampoco la finalidad perseguida con el mandamiento, pues únicamente expresaba los números de teléfono intervenidos y como causa para la autorización, una comunicación remitida por el Ministerio del Interior a cuyas razones se refería por remisión, como fundamento bastante para acordar la medida añadiendo que así se permite la mejor y más amplia investigación de los hechos».

b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida de ser conocido.

c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el art 588 bis a.

d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

e) La duración de la medida.

f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.

g) La finalidad perseguida con la medida.

h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia».

En definitiva, como apunta MONTAÑÉS PARDO «la resolución judicial ha de expresarse en términos concretos que permitan conocer cuáles son los límites de la autorización, precisando claramente el objeto, sujetos afectados y finalidad de la medida»⁸⁸.

2.4 Duración, control de la medida y sus prórrogas.

2.4.1 Duración y cese.

Es necesario establecer unos límites para el control de la ejecución de las medidas de intervención telefónica y sus prórrogas. Para ello es necesario establecer, entre otros, unos límites temporales, que han sido introducidos por la reforma de la LO 13/2015 a través del art. 588 bis e, que establece:

«1. Las medidas reguladas en el presente capítulo tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos».

También introduce el art. 588 ter g,

⁸⁸ MONTAÑÉS PARDO, M.A.: *La presunción de inocencia... op. cit.*, pag. 286.

«La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial será de tres meses, prorrogables por periodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo dieciocho meses».

Con estos dos nuevos artículos, el legislador introduce unos límites temporales que no existían hasta el momento, y que vienen a refrendar el criterio seguido reiteradamente por el Tribunal Supremo en la materia, que fue expresado en la STS de 9 de mayo de 1994⁸⁹, donde se hace presente el principio de proporcionalidad de la medida, no solo como límite temporal, sino como verdadero control de la ejecución en función de los resultados obtenidos a lo largo del tiempo, equiparando la resolución que no ha fijado este límite temporal con una resolución desproporcionada.

Es necesario que se fije en la resolución el día inicial de la intervención para establecer el plazo de duración de la misma, como elemento fundamental para su validez y la de los plazos, dentro de los cuales, los funcionarios policiales encargados de la ejecución de la medida deben rendir cuenta del resultado obtenido⁹⁰.

Las prórrogas, deben acordarse antes del momento de la finalización del plazo inicial y para el caso de que fuera posterior, parece claro que cualquier información que se obtuviera durante la escucha practicada en ese periodo carecería de valor probatorio, al haberse obtenido sin la pertinente autorización judicial.

Respecto al cese de la medida, la duración máxima de 18 meses prevista en el art. 588 ter g, no implica necesariamente que deba agotarse el mismo, sino que deberán mantenerse mientras resulte indispensable para el buen fin de la investigación, siempre que resulte proporcional en atención a los resultados, que al momento de cada una de las prórrogas se vinieran obteniendo, debiendo cesar cuando resulte desproporcionada o inútil a juicio

⁸⁹STS de 9 de mayo, dictada en Recurso 1589/1993, donde señala que «la medida no puede prorrogarse de manera indefinida o excesivamente larga porque ello la convertiría inexorablemente en desproporcionada e ilegal, fuese cual fuese la naturaleza y gravedad del delito investigado».

⁹⁰STC 184/2003, de 23 de octubre, en la que se refiere a esta cuestión diciendo que «debe precisarse en la resolución judicial el plazo de duración inicial, y los momentos y la forma en que el Juez debe ser informado del Estado y resultados de la investigación».

del juez. Al cese se refiere el nuevo art 588 bis j), cuando dispone con carácter general respecto a las medidas de investigación tecnológica que «el juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos y en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada», e igualmente, en el art. 588 bis e) 3º, que «transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos».

2.4.2. Control de la medida y sus prórrogas.

El control de la medida no debe ser solo temporal, debiendo respetarse los límites autorizados. También hay que analizar el resultado obtenido durante la investigación. A este control se refieren los art. 588 bis g, ubicado entre las disposiciones comunes a las distintas medidas de investigación tecnológica al señalar que «la Policía Judicial informará al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine y en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma».

Esta previsión general, se complementará con lo dispuesto en el art. 588 ter f) que se refieren expresamente a la medida de intervención telefónica. No obstante, deberá ser la resolución judicial autorizante la que, de manera expresa indique, que se deberá informar al juez del resultado de la investigación en ese plazo, así como de cualquier otra incidencia que pueda acontecer.

De alguna manera, lo que el legislador parece pretender es la equiparación de cualquier medida de tipo tecnológico con las intervenciones telefónicas, de mayor utilización y con una regulación específica, no solo legal, sino también jurisprudencial y en la que profundizaremos más adelante durante el estudio de estas intervenciones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹¹ más reciente ha marcado la

⁹¹STS 747/2017, de 21 de noviembre, en la que respecto al control judicial de las sucesivas prórrogas

línea a seguir en cuanto al control judicial de la medida y sus prórrogas que, básicamente y siguiendo al Tribunal Constitucional, desligan el control judicial de ambas con la necesaria audición por parte del juez del total de las grabaciones efectuadas, recalcando que será suficiente con haber obtenido el necesario conocimiento del curso de la investigación, hasta el punto de alcanzar el convencimiento de la necesidad de la prórroga. Conocimiento que puede provenir de un informe policial en el que consten los datos esenciales por la transcripción de los pasajes más relevantes, suficientes para justificar la prolongación.

2.5 Secreto de las actuaciones.

El conocimiento del contenido de las actuaciones es uno de los requisitos indispensables para un correcto ejercicio del derecho de defensa, que goza además del respaldo constitucional otorgado por el art. 120.1º en el que se dispone que las actuaciones judiciales serán públicas, salvo las excepciones previstas en las leyes de procedimiento⁹², pero en el terreno de la intervención de las comunicaciones, este conocimiento temprano puede dar al traste con la investigación en curso. De ahí la pertinencia de la inclusión del art. 588 bis d) que impone la necesidad de sustanciar en una pieza separada y secreta todo lo concerniente a la tramitación y resultado de la intervención de comunicaciones.

El secreto de las actuaciones es fruto de una doctrina constante del Tribunal Supremo, que ha declarado de forma reiterada que «la declaración de secreto de las actuaciones es consecuencia de este medio excepcional de investigación, y que su ausencia solo tiene el alcance de una mera

subraya: «no puede equipararse control judicial con audición y transcripción previa de todas las grabaciones por parte del Juez. Control judicial no significa inmediata audición de todas las grabaciones por el titular del juzgado. Para acordar la prórroga de una intervención telefónica no es necesario contar ya con la transcripción exacta de las previas conversaciones, sino tan solo con sus datos esenciales que pueden expresarse mediante un informe que sean justificativos de la procedencia de esa prolongación».

⁹²MAGRO SERVET, V.: «Guía práctica profesional de la investigación policial y medios de prueba en el proceso penal: manual práctico con preguntas y respuestas sobre el desarrollo de la actuación policial: doctrina y jurisprudencia actualizada», *La Ley*, Madrid, 2011, pág. 403, sostiene que el secreto de las actuaciones en la fase de instrucción, de naturaleza puramente preparatoria, que no enjuiciadora, no vulnera el derecho de defensa.

irregularidad procesal que no afecta a la validez e las intervenciones, de suerte que no puede proclamarse ni nulidad de la medida ni indefensión para el sujeto concernido» (entre otras SSTS de 3 de diciembre de 1999, 19 de enero de 2004 y 24 de marzo de 2010). Esta declaración de secreto de adopción general va encaminada a la eficacia de la medida en cuanto a la prueba de los hechos investigados, ya que el conocimiento de la adopción de la misma por parte de los implicados la vaciaría de eficacia y utilidad. No obstante esta injerencia, que como hemos visto, siempre debe estar justificada, debe cohonestarse con unos plazos razonables necesarios para la averiguación de los hechos sin incurrir en la desproporción que supone un plazo ilimitado de la medida.

El nuevo art. 588 bis d) introducido por la LO 13/2015, dentro de las disposiciones comunes aplicables a las intervenciones telefónicas, establece que «la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa».

Esta declaración de secreto, aunque sea parcial, o de unas actuaciones concretas, parece claro que interrumpe la prescripción general de 6 meses establecida en el art. 324.3.a LECrim también reformado. Así parece también interpretarlo la Fiscalía General del Estado, que en su Circular 5/2015 sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, donde mantiene que en tanto no se consolide por la jurisprudencia otra interpretación, el secreto derivado de la adopción y ejecución de tales medidas de investigación, también generará el efecto de suspender el cómputo de los plazos del art. 324, al compartir la misma naturaleza y concurrir idéntico fundamento. Por tanto, siendo el Ministerio Fiscal el principal garante del cumplimiento de la legalidad, y a la vista que su criterio inicial parece claro a favor de la interrupción de la prescripción, pocos argumentos pueden oponerse en contra.

La regulación anterior a la reforma omitía la previsión al respecto del secreto en el art 579, lo que en la práctica se tradujo habitualmente en la concesión de las intervenciones telefónicas por plazo de un mes, a fin de que coincidiera con el límite máximo del secreto de las actuaciones previsto en el art. 302 LECrim y en el mismo auto autorizante, se prorrogaba la medida y el secreto de las actuaciones las veces que resultaran necesarias a criterio del juez.

2.6 Afectación a terceras personas.

En todas las medidas de carácter tecnológico podrán quedar afectados derechos de terceras personas y este hecho, es de suficiente importancia para no pasarlo por alto a la hora de valorar la proporcionalidad de la medida. En esta línea se ha introducido el art. 588 bis h), que establece que «podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas».

En este caso, no estamos hablando del contenido de las conversaciones en cuanto a los intervinientes en las mismas, sino que nos referimos a los posible derechos de terceras personas que pueden ser los titulares de los dispositivos objeto de vigilancia. Lo relevante es el usuario al que se le atribuye el uso del medio intervenido, no la pertenencia o propiedad del mismo y así deberá justificarse en la resolución en que se adopta la medida. La LGT define al abonado como «cualquier persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones», por tanto, puede darse el supuesto de que el «abonado»⁹³ que ha firmado el contrato con el proveedor de servicios sea una persona distinta del usuario del aparato que se pretende investigar, en cuyo caso, se puede plantear a quién corresponde la titularidad de los datos que se pretenden intervenir. Bajo mi punto de vista, en este caso, nos encontraríamos con una doble titularidad. Así, los datos de abonado y de tráfico pertenecerían al titular del contrato firmado con el proveedor de servicios, pero el contenido material de la comunicación que se pretende intervenir, pertenecerían al usuario interviniente en la conversación o mensaje.

Podrán darse dos supuestos en que un tercero pueda ser objeto de una intervención telefónica de sus comunicaciones sin ser directamente la persona investigada. El primero cuando el investigado esté utilizando el equipo de su propiedad, con o sin su consentimiento. En cuyo caso, la Policía Judicial,

⁹³En este sentido, GARCIA DE ENTERRÍA, E.: y DE LA QUADRA SALCEDO, T.: (coordinadores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág 1301, definen al abonado como el usuario que ha firmado el contrato con el operador.

deberá apuntar este extremo de forma lo suficientemente concluyente para justificar la injerencia en el secreto de las comunicaciones, con independencia de que el titular del medio tecnológico a intervenir no tenga una participación directa en los hechos investigados.

El segundo de los supuestos, se plantea justamente cuando el medio cuya intervención se pretende por la policía es propiedad de persona que tiene una especial vinculación con el investigado, con una participación al menos consciente del comportamiento delictivo, que lo sitúe en un plano de cómplice o colaborador. Dentro de estos terceros, nos podemos encontrar con aquellos que, teniendo una especial relación con el investigado, les alcanza la dispensa de declarar del art. 416.2 LECrim, o los que están sujetos al secreto profesional, que entendemos quedan excluidos del deber de colaboración, sin perjuicio de la propia responsabilidad que pudieran tener por sus propios actos, independientes de los imputados al investigado⁹⁴.

2.7 Destrucción de los registros.

El art. 588 bis k) surgido tras la reforma dispone:

«1. Una vez se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida. Se conservará una copia bajo custodia del secretario judicial.

2. Se acordará la destrucción de las copias conservadas cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal.

3. Los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleva a efecto la destrucción contemplada en los anteriores apartados».

⁹⁴OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, Dykinson, Madrid, 2017, pág. 143.

La destrucción de las grabaciones se llevará a efecto una vez haya concluido la causa, momento en el que las mismas dejan de tener interés por haber cumplido con su cometido. La propia existencia de las grabaciones entraña en si misma un riesgo potencial de quebrantamiento del derecho al secreto de las actuaciones, por otra parte difícil de solventar por los motivos que ahora pasamos a comentar.

Se ordenará la eliminación o destrucción de todas las grabaciones originales del sistema informático del que se hayan extraído. No obstante, deberá conservarse una copia bajo la custodia del Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado en que resida el procedimiento, hasta que transcurran cinco años del momento en que se haya ejecutado la pena impuesta o declarado la prescripción del delito, sobreseimiento libre o en caso de absolución. Distingue entre la destrucción o borrado de «originales» y conservación de «copias», aunque tratándose de grabaciones de audio, la distinción resulta un tanto superflua, al ser las mismas idénticas. Mas bien parece referirse a las conversaciones originales que se encuentren en el sistema informático SITEL, cuyo soporte no sería un CD, sino el propio disco duro del ordenador en que reside el programa, del que deberá borrarse todo el contenido. Distinto soporte presentan las copias, que normalmente se presentarán en CD o DVD, tanto las mal llamadas originales, como las copias (de idéntico contenido), que son las que deberán conservarse durante los cinco años posteriores a la finalización del procedimiento.

Habrá que analizar cómo se va a concretar en la práctica la eliminación o destrucción de aquellas copias que han sido suministradas a las partes durante la tramitación de las diligencias de investigación y aún mas, aquellas copias que se hayan podido hacer de las mismas, por no hablar de determinados pasajes de «particular interés» que hayan podido incluso emitirse por la televisión, que han quedado a la vista de la opinión pública de manera completa. El fin de la destrucción de estos registros parece orientarse a salvaguardar la intimidad y derecho al secreto de las comunicaciones de los intervinientes, pero una vez extendido su conocimiento a todas las partes, parece imposible esa destrucción física de los soportes. Quizás debería introducirse algún mecanismo legal que impidiera su divulgación pública, que entiendo podría estar justificada. Tengamos en cuenta que para su obtención ha sido necesaria una resolución judicial autorizante, que justifique la injerencia

de especial relevancia en el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones de que goza toda persona, cuyo contenido, posteriormente, vemos como repetidamente se airea en los medios de comunicación de forma natural y sin ningún rubor, convirtiéndose en ocasiones en un juicio paralelo en toda regla.

3 EL CAPITULO III, DEL TITULO VIII.

3.1 De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica. Nueva redacción del art. 579 L.E.Crim.

3.1.1 el antiguo art. 579 LECrim.

El antiguo art 579 LECrim en su redacción dada por la LO 4/88 de 25 de mayo, fue objeto de reiterada crítica por parte de la doctrina por su incompleta regulación⁹⁵. Disponía en su núm. 2 que «el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa». El propio Tribunal Constitucional atacó la falta de garantías implícita en dicho artículo por entender que contravenía la doctrina emanada del TEDH, que declaró la insuficiente regulación legal española en la materia incluso después de la reforma (caso Prado Bugallo⁹⁶ contra España). En esta Sentencia el alto Tribunal que afirmó que el Estado español había infringido el art. 8 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, porque el art. 579 LECrim, en su nueva redacción, no cumplía con las exigencias requeridas por dicho precepto, relativas a la previsión legal de la injerencia. El señor José Ramón Prado fue condenado por varios delitos derivados de una operación

⁹⁵GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales», *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, pág. 11, viene a señalar al respecto que «la intervención de las comunicaciones prevista por el muy defectuoso art. 579 no puede decirse que se encuentre amparada por una normativa que cumpla las mínimas garantías exigibles en un Estado de Derecho»

⁹⁶STEDH de 18 febrero 2003, caso Prado Bugallo vs España.

contra el tráfico de estupefacientes, juzgados en sede de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, siendo una de las principales pruebas de cargo la derivada de la intervención de sus comunicaciones telefónicas. La sentencia dictada en instancia fue recurrida ante el Tribunal Supremo⁹⁷, que desestimó las alegaciones del recurso encaminadas a declarar la nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas, «de forma abundante e indiscriminada» y sin cumplir con los requisitos de proporcionalidad de la medida y de la debida motivación de las resoluciones dictadas, para justificar la injerencia en su derecho al secreto de las comunicaciones. El Tribunal Supremo consideró justificadas las resoluciones dictadas, acordando las intervenciones por estar amparadas por el art. 579 LECrim vigente en el momento que, aunque deficiente, cumplía con los cánones de legalidad seguidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. De hecho, esta misma sentencia fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, que también desestimó el recurso por entender que las resoluciones en las que se autorizaron las intervenciones telefónicas cumplían con los requisitos de legalidad y proporcionalidad necesarios. En última instancia, el Sr. Prado recurrió al TEDH, que efectivamente, accedió a su pretensión anulatoria, estimando que con los autos autorizando las intervenciones telefónicas se vulneró el art. 8 del CEDH, por contravenir las exigencias seguidas desde tiempo atrás por el alto tribunal, a saber, que esté amparada por una ley clara e integrada en el Derecho interno, habilitando a los poderes públicos para su adopción. Que se le haya dado la oportuna publicidad para ser conocida por todos los ciudadanos y las consecuencias del incumplimiento y finalmente, que exista un régimen de protección de los ciudadanos para aquellas injerencias que se hayan adoptado de forma arbitraria o ilegal. Concluyó que el reformado art. 579 LECrim vigente, en aquél momento no cumplía con estas exigencias y por tanto, no es suficiente para amparar estas injerencias en el derecho a las comunicaciones del recurrente y a mayor abundamiento, las resoluciones se dictaron con anterioridad a su entrada en vigor.

También en la STEDH de 30 de julio de 1998, dictada en el caso Valenzuela Contreras contra España, se efectúa un análisis de la legislación española en lo referente al secreto de las comunicaciones, que pone de

⁹⁷STS dictada en Recurso 1265/1993, de 31 de octubre.

manifiesto la falta de regulación legal en materia de intervenciones telefónicas en el Estado español y la necesidad de adecuarla a las exigencias del C.E.D.H.

La STC 145/2014⁹⁸ fue el detonante que precipitó la urgente reforma de la regulación de las intervenciones de las comunicaciones realizadas a través de medios tecnológicos, en la que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de una intervención de comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales por falta de cobertura legal de la escucha, indicando que «ni el art. 579.2 LECrim que citan las resoluciones judiciales impugnadas ni tampoco la normativa penitenciaria a la que igualmente aluden habilitan la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencia policiales».

Ante este panorama, el legislador tuvo que abordar sin demora la reforma de este importante art. 579, para adecuarlo a las exigencias del TEDH y evitar el riesgo cierto de ver invalidadas muchas de las escuchas, que daban soporte a investigaciones de gran importancia policial.

3.1.2 El nuevo art. 579 LECrim. Requisitos objetivos.

Hasta la reforma de la LO 13/2015, la legislación procesal española arrastraba un déficit jurídico-procesal, que venía siendo cubierto por la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y como ya hemos destacado en epígrafes anteriores, en consonancia con el criterio seguido por el TEDH en sus sentencias dictadas en procesos seguidos por vulneración del art. 8.2 del CEDH. Esta insuficiencia, fue declarada textualmente por el TC en su STC 184/2003⁹⁹, donde señala la indeterminación del art. 579, como una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, contrario a la Constitución y al CEDH.

⁹⁸ STC 145/2014, de 22 de septiembre.

⁹⁹La STC 184/2003, de 23 de octubre, se expresa en estos términos indicando que, «el art. 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH».

Así las cosas, el legislador ha abordado la reforma del art. 579, intentando cubrir todas las exigencias que hasta el momento se planteaban de manera reiterada por la jurisprudencia. Establece el nuevo art. 579, bajo el epígrafe «de la correspondencia escrita o telegráfica», que «1.º El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos».

Regula por tanto, en el inicio del artículo, unos requisitos objetivos que posibilitan la adopción de una medida de injerencia para la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica.

Estos requisitos, delimitan los supuestos en los que se permite la injerencia de los poderes públicos y a ellos se refiere también la jurisprudencia como «la detención de la correspondencia privada, postal o telegráfica y su apertura y examen»¹⁰⁰. Por tanto, ni tan siquiera para la investigación de hechos delictivos se puede autorizar una injerencia en este derecho, en los supuestos que no se contemplan en este artículo.

Establece otra delimitación objetiva el art. 579.1 introduciendo un catálogo de los delitos en los que se puede dictar la resolución judicial habilitante, que son,

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

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

3.º Delitos de terrorismo».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo había reiterado en su doctrina que la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, afecta de una manera tan directa a la intimidad de las personas, que solo se podía justificar

¹⁰⁰STS 634/1996, de 5 de octubre.

la injerencia acordada en el seno de una investigación judicial, para la persecución de delito grave, entendiéndolo como tal, no solo aquél para el que el Código Penal prevé una pena elevada, sino también aquellos que crean una alarma social que justifique la intervención. Se introducen ahora en el art. 579 de manera tasada los delitos en que se puede adoptar la medida. No obstante, de la lectura literal, podríamos plantearnos si es posible la adopción para la investigación de delitos a los que el Código Penal, tras la reforma de la LO 1/2015 llama delitos leves, así como si se podría acordar para los delitos culposos que aparezcan en la investigación de hechos que pudieran considerarse como delito de terrorismo.

Para resolver esta cuestión, hay que acudir al principio de proporcionalidad de la medida de injerencia, que debe presidir toda resolución habilitante de una intervención de comunicaciones, en la que se deberá razonar y ponderar los derechos en juego y decidir cuáles deben prevalecer, recordemos que el art. 588 bis a) impone la valoración de la gravedad del hecho, como parte del contenido de la resolución que se dicte.

3.1.3 Motivación de la resolución.

Como señala DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA¹⁰¹, la garantía de la resolución judicial no es caprichosa. Al contrario, halla su fundamento no solo en que la decisión de afectar a un derecho fundamental emane de un Tribunal de Justicia, sino que también en que, de esta suerte, habrá tal decisión de acomodarse a las normas del proceso que constituyen los resortes que garantizan los derechos e intereses de todos.

Por su parte ASECIO MELLADO señala que «la exclusividad jurisdiccional implica que la resolución judicial ha de ser, en todo caso, previa y no meramente confirmatoria o revocatoria de otra anterior no jurisdiccional.

El apartado 2 del art. 579 se refiere a requisitos de la resolución en la que se acuerde la medida, y señala que: «2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o

¹⁰¹DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.: «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal. *Revista Poder Judicial*, núm 3, 1986, pág. 14.

inferiores periodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos»¹⁰².

Una vez mas, el legislador viene a transponer a la norma la doctrina del Tribunal Supremo, que reiteradamente ha exigido la motivación de la resolución en que se acuerde la medida de injerencia al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones¹⁰³.

La primera cuestión que habrá que abordar es cuál es el juez que debe adoptar la resolución limitadora del derecho, que en este caso es el juez de instrucción, por ser el que tiene la competencia objetiva para la investigación de los delitos en los que se enmarcan las intervenciones de comunicaciones. Pero esta competencia objetiva debe ser acotada hasta el juez que, siendo competente objetivamente, también lo sea territorialmente, e incluso dentro de los que pueden serlo territorialmente, el que debe conocer del asunto por atribución de las normas de reparto del partido judicial. Se puede plantear por tanto, la problemática de que el auto acordando la limitación del derecho fundamental no se ha dictado por el juez último que se halle al final de esta escala competencial, controversia que ha sido resuelta en repetidas ocasiones por el Tribunal Supremo¹⁰⁴, en el sentido de considerar idóneo al juez que

¹⁰² ASENCIO MELLADO, J.M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium. 1989, pág. 106.

¹⁰³ SSTS 635/2012 de 17 de julio. 625/2013 de 9 de julio y 77/2014 de 11 de febrero.

¹⁰⁴ STS 991/2016, de 12 de enero, en la que en referencia a la falta de competencia territorial expone que «sobre este extremo concreto es importante resaltar que al inicio de la investigación no podía conocerse de forma fehaciente cuál era realmente el ámbito territorial que abarcaba el nuevo comportamiento delictivo, ni tampoco por supuesto cuál era el grado de conexidad entre las dos conductas delictivas investigadas, (...) los efectos anulatorios de los arts. 11, 238.1 y 240 LOPJ únicamente se producirían en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un Juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos, siendo aplicables el art. 22.2 LECr y el art. 243.1 LOPJ en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos, sobre todo si tenemos en cuenta habitualidad y frecuencia con que se inicia una causa ante un Juez de Instrucción, en cuyo conocimiento se ponen los hechos, y luego, practicadas determinadas diligencias, se remiten las actuaciones a otro órgano judicial. (...) la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la subsistencia y validez de lo actuado por jueces instructores sin competencia territorial mientras se dilucida la correspondiente cuestión competencial».

resulte competente objetivamente relegando a un segundo plano a la territorial, que puede ser reconducida posteriormente a través de las cuestiones de competencia. Al inicio de una investigación pueden no conocerse todos los detalles que determinen esta competencia territorial de manera clara, por lo que es razonable que se acuda a este criterio funcional, como el único ineludible para la adopción de la medida restrictiva del derecho fundamental.

Por otra parte, la motivación de la resolución, supone el derecho del investigado¹⁰⁵ a conocer los motivos que han conducido al juez durante el proceso de ponderación de los hechos que se le presentan y que considera proporcionados para la adopción de la medida. La ausencia de esta motivación, podría conducir a la interdicción de la arbitrariedad que proscribe la Constitución Española (art. 23 CE). Este razonamiento no está sujeto a otro requisito que al de la razón, que debe ser suficiente para vencer cualquier duda que pueda comprometer el juicio de proporcionalidad de la medida.

La motivación supone por tanto «la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial; en la que también actúa la proporcionalidad, pues a mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia, si cabe, respecto de la motivación; sin que sea correcto extender autorizaciones prácticamente en blanco, siendo preciso, por el contrario, una motivación razonable, lo que no quiere decir, que desde luego, exhaustiva, que habrá de mantenerse en secreto mientras la investigación se realiza»¹⁰⁶ y supone además una garantía, al someter la resolución al principio de legalidad que debe presidir cualquier resolución judicial. En este mismo sentido se manifestó el Tribunal Supremo en STS 692/1997¹⁰⁷, donde destaca la

¹⁰⁵Como señala LÓPEZ YAGÜES, V.: *La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y status jurídico que conlleva. Ideas para su reforma*. La Ley, Madrid, 2011, pág. 28, el derecho del imputado a recibir información de la existencia y contenido de la imputación formulada en su contra, forma parte del *status* jurídico mínimo que le corresponde.

¹⁰⁶ATS 610/1990, de 18 de junio.

¹⁰⁷STS 692/1997 de 7 de noviembre, donde expresa que «pensemos que este requisito, realmente común a todas las resoluciones judiciales -arts 24.1 y 120.3 de la Constitución y 248 de la LOPJ-, se entronca con el principio de legalidad y el complementario de la no arbitrariedad, a los que deben someterse los poderes públicos, incluidos, y muy principalmente, los órganos jurisdiccionales. El requisito de la motivación se ofrece como una garantía, y de las más cualificadas, con que se cuenta en el ámbito

motivación como garantía del principio de legalidad a la que deben someterse los poderes públicos, incluido el judicial, al adoptarse cualquier resolución limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones.

El Tribunal Constitucional tampoco ha sido ajeno a la controversia. Así, también ha sentado reiterada jurisprudencia sobre el particular, declarando que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda, que tiene que ver con la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta que por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

En cuanto a la motivación por remisión al oficio policial, hablaremos de ella con más detalle al analizar el contenido de la resolución judicial a que se refiere el art. 582 bis c), simplemente adelantemos que también es posible, siempre que la resolución contenga las razones que apoyan la solicitud de la intervención de comunicaciones.

3.1.4 Límite temporal. Plazos.

Como ya hemos dicho en el apartado anterior, el art. 579.2 ha introducido un límite temporal en la duración de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica que fija, al igual que para las intervenciones de las comunicaciones en general. La jurisprudencia del Tribunal Supremo había señalado con anterioridad a la reforma de la LO 13/2015, refiriéndose a la duración de la medida de intervención de las comunicaciones, que la medida no puede prorrogarse de manera indefinida o excesivamente larga, porque ello la convertiría inexorablemente en

de la función judicial. La motivación de la resolución judicial lleva consigo, con mayor o menor explicitéz, una ponderación del objeto o fin que la provoca, secundada de las reflexiones oportunas acerca de la gravedad de los delitos cuyo descubrimiento en alguno de sus órdenes objetivos o subjetivos se busca y de la necesidad de puesta a contribución de las medidas propugnadas».

desproporcionada e ilegal, fuese cual fuese la naturaleza y gravedad del delito investigado¹⁰⁸.

3.1.5 Excepciones.

El apartado 4 del artículo 579 establece las excepciones que impiden la adopción de la medida de detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, establece:

«4. No se requerirá autorización judicial en los siguientes casos:

a) Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.

b) Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.

c) Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío».

Estas excepciones parecen referirse principalmente a las comunicaciones postales relativas al tráfico mercantil y por tanto, ajenas al derecho al secreto de las comunicaciones de las personas físicas y no es que las jurídicas no tengan también el derecho, pero de la propia lectura del precepto se puede extraer que este tipo de correspondencia ya tiene sus propios mecanismos de control, a través de la inspección consentida o por la normativa de inspección aduanera.

Por último, el apartado 5 de este artículo 579, se refiere a la necesidad de que todo lo atinente a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica se tramite en pieza separada, que se considerará secreta sin necesidad de decretarlo expresamente, al igual que ocurre con carácter general para las intervenciones de todo tipo de comunicaciones, como luego

¹⁰⁸ STS en Recurso 1589/1993, de 9 de mayo.

analizaremos con más detalle en posteriores epígrafes.

3.2 Los descubrimientos casuales. Introducción de nuevo art. 579 bis.

Descubrimientos casuales son aquellos que se revelan de forma accidental, en el curso de un registro domiciliario¹⁰⁹ o de una intervención de comunicaciones previamente autorizados por el Juez en el curso de una investigación penal, que revelan la comisión de un nuevo hecho ilícito desconocido hasta ese instante, cuya persecución debe ser autorizada de manera expresa en una nueva resolución judicial¹¹⁰. Como señala LÓPEZ-BARAJA, «si existiera un nuevo tipo penal y no se dictara una nueva decisión formal del juez se quebrantaría el principio de especialidad. Por ello, se exige que el Juez adopte una nueva resolución judicial específica (que amplíe el auto para el nuevo delito en caso de que sea conexo) o se incoe una investigación diferente»¹¹¹.

Desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones, podemos definir los descubrimientos casuales¹¹² como aquéllos acaecidos en el transcurso de una intervención de comunicaciones, en los que se ponen de manifiesto determinados hechos o pruebas que no estuvieren amparados por la resolución judicial autorizante y que pudieran surtir efecto, bien en la propia

¹⁰⁹ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro domiciliario)», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 2, 2011, pág. 21, señala que es en la diligencia de entrada y registro donde más frecuentemente se presentan los hallazgos casuales.

¹¹⁰BUENO DE MATA, F.: «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», *Diario La Ley*, 2015, pág. 1.

¹¹¹LÓPEZ-BARAJA PEREA, I.: Elementos objetivos y temporales, doctrina que forma parte del libro *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Editorial La Ley, Madrid, 2011. pág. 12.

¹¹²CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.M.: «Supuestos particulares que pueden comprometer el derecho al secreto de las comunicaciones», *Diario La Ley*, n.º 7573, 2011, pág. 6, define los descubrimientos casuales como aquellos que se revelan de forma accidental en el curso de un registro domiciliario o de una intervención de comunicaciones previamente autorizados por el Juez en el curso de una investigación penal y que revelan la comisión de un nuevo hecho ilícito desconocido hasta ese instante, planteándose entonces la legitimidad de la eventual utilización de esos hallazgos.

investigación en curso, o en otra diferente. Estos hallazgos se pueden referir, tanto a hechos integrados en un tipo delictivo distinto al que originó la investigación, o a la intervención en los mismos de terceras personas que hasta ese momento no estaban siendo investigados.

El nuevo artículo 579 bis se refiere a los descubrimientos casuales y a la utilización de la información obtenida. Información que deberá tener una fuente de conocimiento lícita, en este caso una intervención telefónica, ejecutada con arreglo a las previsiones de la resolución judicial habilitante, pero cuyo contenido no se corresponde exactamente con los hechos investigados. Por tanto, podrán alcanzar la consideración de descubrimiento casual los hechos descubiertos que no guardan relación suficiente (grado de conexión), con los investigados, o que atañe a personas distintas. Parte de la doctrina¹¹³ entiende de la necesidad de cierta conexión razonable entre los hechos investigados y los hallados casualmente para poder alcanzar eficacia probatoria posterior. Por el contrario, si falta esta conexión, nos encontraríamos con una mera información susceptible de ser investigada. Este criterio es seguido por FERNÁNDEZ-ESPINAR, cuando señala al respecto que «el criterio de la conexión, tanto objetiva como subjetiva, se perfila como una solución razonable al tratamiento de los hallazgos fortuitos, debiendo confrontarse el hecho punible casualmente revelado con el fundamento de la medida (...), no olvidándose nunca, asimismo, en aquellas hipótesis en que se refieran a terceros carentes de la condición de sujetos pasivos de la intervención»¹¹⁴. En estos casos nos encontraremos con una mera *notitia criminis*, y lo que procederá será deducir el correspondiente testimonio al juzgado instructor competente territorialmente para iniciar un nuevo proceso¹¹⁵. Otros autores como MARTÍN GARCÍA, sostienen que estos hallazgos casuales, que no están amparados por la resolución judicial habilitante de la intervención,

¹¹³Entre otros autores, se postulan a favor de esta posición MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional ...* op. cit., pág. 149 y LÓPEZ YAGÜES, V.: *La inviolabilidad de las comunicaciones ...* op. cit., págs . 474 y ss.

¹¹⁴FERNÁNDEZ ESPINAR, G.: «El levantamiento del secreto de las comunicaciones en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal». *Revista Poder Judicial*, nº 32, Madrid, 1993, pág. 31.

¹¹⁵Así lo entiende RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Intervenciones telefónicas». *Cuadernos de Derecho Judicial*. 1992. pág. 457.

son pruebas ilícitas en sí mismas y no pueden servir siquiera para el inicio de una investigación independiente¹¹⁶. En mi opinión, si el hecho descubierto casualmente reviste la gravedad suficiente como para justificar una intervención de comunicaciones, debe ampararse el descubrimiento, siempre que se haya obtenido mediando la buena fe de los agentes actuantes para evitar investigaciones prospectivas. Por tanto, entiendo que adquiriría la condición de *notitia criminis* de la que se debería dar cuenta inmediata a la autoridad judicial, sirviendo el material probatorio obtenido, tanto para el cumplimiento de su función inmediata de investigación policial, como la mediata, en cuanto a la constitución de medio de prueba válido y valorable en el momento del juicio oral. Es necesario buscar un equilibrio entre la defensa de los derechos fundamentales y el derecho de la sociedad a protegerse de la comisión de delitos de los considerados graves. No se puede pedir a la policía ni al Estado que “mire” a otro lado ante la comisión de determinados delitos, aunque su hallazgo haya sido casual. Eso sí, una vez tenida la primera noticia, hay que salvaguardar el derecho de los ciudadanos, cuestión que se cumple de forma inmediata desde el momento en que se pone en conocimiento de la autoridad judicial y valora y pondera en una resolución judicial los derechos fundamentales en juego, adoptando la que considere adecuada.

Los descubrimientos casuales y la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto, han tenido entrada en la LECrim con la introducción de este nuevo art. 579 bis, que establece:

«1. El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal».

La información obtenida en el transcurso de una intervención telefónica autorizada en un procedimiento judicial, cumpliendo con los requisitos de legalidad y ponderación, puede ser utilizada posteriormente para solicitar una nueva intervención telefónica, sin vulneración de derecho al secreto de las comunicaciones¹¹⁷. Aunque con la debida cautela, no podemos pedir que la

¹¹⁶MARTÍN GARCÍA, P.: “Jurisprudencia Crítica I”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales n.º 20/2000*, Aranzadi, S.A., Pamplona, 2000.

¹¹⁷ STS 751/2012, de 28 de septiembre.

policía mire a otro lado ante el descubrimiento de hechos que pudieran considerarse delictivos. Ante una *notitia criminis* la policía debe actuar y deberá comunicarlo a la autoridad judicial, solicitando autorización judicial para, bien ampliar la autorización si los hechos están relacionados, bien solicitar una nueva en procedimiento distinto deduciendo el correspondiente testimonio.

La *notitia criminis* descubierta durante el desarrollo de una intervención telefónica, relativa a hechos cuya investigación no está amparada por la resolución judicial que la ha autorizado, precisa de una nueva autorización judicial específica, que además, debe comprender los requisitos legales y el juicio de proporcionalidad al que hemos aludido anteriormente. Estos hechos descubiertos sorpresivamente¹¹⁸, deben tratarse de manera cuidadosa para no acabar constituyendo una prueba ilícita al haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales, entrando de lleno en el principio de especialidad delictiva que proscribe las investigaciones prospectivas, como garantía para los ciudadanos¹¹⁹.

También se refiere a los descubrimientos casuales el nuevo art. 588 bis i) de la LECrim, que dispone que los descubrimientos casuales se regularán con arreglo a lo dispuesto en el art 579 bis que establece en su párrafo 3º que «la continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente (...)». Por tanto, cuando se obtiene información de la comisión de un delito en distinto contexto lo procedente es dictar auto de extensión de la investigación para con respecto a ese delito a fin de continuarlo en procedimiento aparte¹²⁰.

¹¹⁸Para GIRBAU COLL, A.: «La diligencia de investigación criminal consistente en la observación de comunicaciones telefónicas: una necesaria sistematización de las orientaciones jurisprudenciales», *Diario La Ley*, n.º 8116, 2013, pág. 15, cuando durante la escucha de una conversación la policía actuante tenga conocimiento de la participación de un nuevo interviniente en el delito investigado, se debe informar inmediatamente al juez, como si se tratara de un hallazgo casual en una diligencia de entrada y registro, solicitando su imputación formal, planteando la duda de si esa primera comunicación en la que no está todavía imputado se puede utilizar en su contra.

¹¹⁹Así lo declara la STS 291/2013, de 14 de marzo, que «exige que cuando en el marco de una investigación con intervención telefónica en averiguación de un delito, aparece otro diferente, de acuerdo con el principio de especialidad delictiva en la investigación debe comunicarse el hallazgo al Juez instructor y éste ampliar la investigación al nuevo delito sin que se exija la formalidad de dictar nuevo auto, de intervenciones telefónicas».

¹²⁰STS 694/2003 de 20 de junio, donde se analizan la especialidad delictiva aplicada a los hallazgos casuales, diciendo que «... lo que se alega es la falta de especialidad de la materia a investigar, dado

La distinción de estos descubrimientos en función de si los hechos tienen conexión o no con los investigados, también ha sido analizada por el Tribunal Supremo¹²¹, haciendo distinción sobre si los hechos descubiertos tienen conexión, según el art 17 LECrim, con los que son objeto de procedimiento instructorio, en cuyo caso los hallazgos surtirán efectos tanto para la investigación como posteriormente para la prueba. Por otra parte, si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera *notitia criminis* y se deducirá testimonio para que se inicie el proceso correspondiente.

Profundiza en mayor medida la Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado (FGE en lo sucesivo), que se refiere a los hallazgos casuales en estos términos:

«1) Son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial;

2) No se vulnera la especialidad cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una mera adición o suma;

3) Una vez que el Juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, deben distinguirse dos supuestos:

a) Si se trata de un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, cuando exista conexión entre ambos, deberá dar una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la

que los delitos enjuiciados se conocen en el contexto de las intervenciones telefónicas decretadas por la Audiencia Nacional y en un supuesto de tráfico de estupefacientes, es decir, un contexto delictivo completamente distinto al presente. Realmente se trata éste del consabido problema del «hallazgo casual» de un delito producido en el curso de una intervención telefónica por otro delito distinto. Pues bien, toda la argumentación ahora expresada en el motivo que se examina, ha sido igualmente objeto de tratamiento, del mismo modo que ocurre en el motivo primero, en el fundamento jurídico segundo del Auto de 29 de diciembre de 2000 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, a cuyo contenido nos remitimos porque razona, con toda corrección, la cuestión debatida, que esta Sala asume.

Pero es que además, no hay que olvidar que el delito original del que surge el delito ahora objeto de análisis, es descubierto en el contexto de un delito de tráfico de estupefacientes, y su investigación inicial por la Audiencia Nacional no tiene nada de sorprendente dado el carácter de «delito pluriofensivo» que tiene el delito de tráfico de drogas, como señala la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 2001, con lo cual se afirma que, no puede estimarse de entrada, y en un contexto investigador por tráfico de drogas, quiebra del principio de especialidad delictiva, la autorización de una nueva intervención telefónica respecto a otro delito que surja en relación al citado tráfico de estupefacientes».

¹²¹STS 25/2008, de 29 de enero.

investigación en la misma causa;

b) si se trata de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque, de modo que siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicia el correspondiente proceso;

4) No es necesario dictar la nueva resolución que acomode la investigación a los hallazgos casuales sino cuando los indicios que van apareciendo adquieren el significado preciso para justificar un nuevo auto de injerencia».

3.2.1 Descubrimiento de hechos en conexión con el delito investigado.

Tras el hallazgo casual inicial de hechos que tienen conexión directa con los investigados, pero no amparados por el auto que autorizó la intervención, será necesario una segunda resolución judicial ampliatoria que ampare la intervención de documentación postal, telegráfica o telefónica, para habilitar su uso como prueba lícitamente obtenida. Este nuevo auto ampliatorio, deberá contener un análisis de los nuevos hechos descubiertos y de la manera en que han sido obtenidos, con particular relevancia en cuanto a si los hechos pudieron obtenerse por cualquier otro medio o con una solicitud de autorización previa a su descubrimiento. Es decir, deber ser un hallazgo fortuito, quedando fuera del hallazgo casual aquél del que ya se tuviera noticias por referencias que consten dentro de las actuaciones practicadas hasta ese momento. No se trata de recelar de la actuación policial, sino de establecer el máximo de garantías para las personas investigadas, a la vista de la particular protección que ofrece la Constitución a estas comunicaciones. También deberá hacerse un análisis de la solicitud inicial que la policía judicial presenta al juez autorizante, examinando si el verdadero propósito de la misma se encaminó a que finalmente se llegara a este descubrimiento casual de manera engañosa, es decir, deberá observarse si medió buena fe en su obtención, si ha existido casualidad en el hallazgo o una flagrancia delictiva¹²².

¹²²Estos requisitos son los que plantea RIFÁ SOLER, J.M.: *Estudios sobre prueba penal. Volumen I. Actos*

3.2.2 Descubrimiento de hechos sin conexión con el delito investigado.

Se refieren a aquellos hechos de los que se ha tenido noticia de manera casual durante el desarrollo de una intervención de comunicaciones, que no tienen una conexión directa con los incluidos en la resolución judicial. En este caso, habrá que dictar una nueva resolución y proceder conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 579 bis, donde señala que: «2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen». Por tanto, para su incorporación al nuevo proceso que resulte de los nuevos hechos descubiertos, en el testimonio que se deduzca, se integrará el de los autos en los que se hayan autorizado, tanto la autorización inicial como las posteriores prórrogas y los oficios de las solicitudes de intervención telefónica, que se consideran suficientes para comprobar que se han respetado los derechos constitucionales en su adopción y el principio de proporcionalidad y ponderación de la medida restrictiva del derecho, acompañando además, las transcripciones de las conversaciones, copias de los CD's que las contengan y el acta de cotejo que en su caso pueda haber efectuado el Letrado de la Administración de Justicia en el ejercicio de la fe pública judicial que tiene atribuida.

La introducción de la deducción de testimonios que prevé en el apartado 2, añade dos elementos a tener en cuenta, el primero la imposibilidad de que la parte pueda interpelar el criterio del juez en cuanto a la deducción de particulares para iniciar una nueva investigación; el segundo, la posibilidad que se otorga al juez al que se atribuya inicialmente el conocimiento de los nuevos hechos hallados de poder examinar su competencia y jurisdicción, con el pleno conocimiento de que otro juzgado está conociendo de una causa de la que se

de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites, Edición La Ley, Wolter Kluwer España, S.A., Las Rozas, 2010, pág. 116, al analizar la legalidad de los descubrimientos casuales en el transcurso de una diligencia de entrada y registro domiciliaria, y que también considero adecuados para el caso de las intervenciones telefónicas.

ha derivado la que se le somete a examen.

En cuanto al testimonio de los particulares necesarios, queda a criterio del juez que conozca de la causa su elección. No obstante, siendo necesario aportar tanto el testimonio de la resolución inicial como la que contiene las prórrogas concedidas y las transcripciones de las conversaciones grabadas en la que aparezcan los nuevos indicios hallados, poco más parece que se pueda aportar a la nueva causa incoada. Toda esta documentación servirá para poder comprobar en un momento posterior, si la medida se adoptó con el debido juicio de proporcionalidad necesario para la adopción de la medida y respeto a la legalidad, convirtiéndose en una garantía para el nuevo procedimiento que se inicia de una manera forzada, ya que podríamos decir que al juez que va a conocer de la investigación judicial le viene impuesta una serie de elementos que han adquirido la naturaleza de prueba que se han obtenido por una resolución judicial dictada por otro juez, en otro procedimiento e incluso para distinto delito. La aportación defectuosa del testimonio que contiene los documentos antes referidos, podría dar lugar a una infracción de la legalidad ordinaria del art 240 LOPJ y en ese caso, corresponderá a la acusación, que en ese momento procesal se ejercerá por el Ministerio Fiscal, la solicitud de las diligencias necesarias para legitimar el acceso de ese material probatorio al proceso. Como veremos, al hablar de la nulidad de las intervenciones telefónicas, una cosa es la legalidad material de aquellas conversaciones que se hayan obtenido sin el debido respeto a los derechos fundamentales y otra es la legalidad procesal, que tiene que ver con el acceso del contenido de esas intervenciones al proceso sin el debido cumplimiento de las prescripciones legales. En este caso, las comprensivas de los requisitos de los distintos testimonios que se aportan a las actuaciones, dejando para la controversia sobre la legalidad material, las relativas al proceso por el que se han obtenido las conversaciones telefónicas sin el debido respeto del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Se parte de la base de que las actuaciones judiciales y las policiales gozan del principio de presunción de legalidad. Si esta legalidad fuera cuestionada por la defensa del investigado, deberá justificar en qué basa su impugnación, ya que su actuación debe estar regida por los principios de buena fe y lealtad procesales, de tal manera que, si no acredita esta justificación

suficiente, además de su planteamiento en un momento procesal oportuno, podrá ser denegada¹²³.

Será por tanto, durante la tramitación de las diligencias previas en el juzgado de instrucción o en el escrito de defensa, donde preferentemente deberá hacer valer la impugnación por nulidad de la prueba actuada, cuestión que puede reproducir al inicio de la sesión del juicio oral en el planteamiento de las cuestiones previas, a los efectos de un posterior recurso ante la instancia superior. Pero, si no actúa durante el proceso y pretende hacer valer la nulidad en el último momento, pocas posibilidades de prosperar tendrá la pretensión.

En ocasiones se plantea la nulidad de las intervenciones telefónicas, derivadas de los testimonios de otras adoptadas en el seno de otro procedimiento, bajo el argumento de que no ha sido adoptada por el juez predeterminado por la ley, principalmente por entender que no era el competente territorialmente. Este motivo de nulidad no puede prosperar, ya que inicialmente, al adoptarse la medida, no es posible saber con exactitud qué juez es el que territorialmente puede resultar competente para el conocimiento de los hechos delictivos investigados y para el caso de que se trate de descubrimientos casuales distintos a los investigados, evidentemente, tampoco es posible esta previsión, por tanto, la competencia territorial, necesariamente, decae frente a la funcional, por lo que lo relevante será que se adopte por un juez de instrucción en el seno de un procedimiento penal, con independencia de su competencia territorial, pudiendo en su caso dictarse el oportuno auto de inhibición a favor del que resulte competente. La propia LECrim establece la subsistencia y validez de lo actuado por jueces instructores sin competencia territorial mientras se dilucida la correspondiente cuestión competencial¹²⁴.

1. ¹²³STS 605/2010, de 24 de junio, donde señala que «la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias».

¹²⁴STS 991/2016, de 12 enero 2017, ROJ 47/2017, en la que resolviendo sobre una impugnación por falta de competencia territorial, expone «que los efectos anulatorio de los arts. 11, 238.1 y 240 LOPJ únicamente se producirán en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un Juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos, siendo aplicables el art. 22.2 LECr Y ART 243.1 LOPJ en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos, sobre todo si tenemos en cuenta la habitualidad y

También hacemos una pequeña referencia a la teoría del «hallazgo inevitable», figura de origen norteamericano¹²⁵, que en resumen viene a distinguirse de la del hallazgo casual, en que determinados hallazgos, que inicialmente pudieran parecer casuales, realmente, hubieran sido descubiertos en un lapso de tiempo relativamente corto, así, a modo de ejemplo, podemos escenificar aquel hallazgo que arroja luz sobre la comisión de un delito de homicidio (*notitia criminis*), pero se constata que por otro cauce ajeno a este descubrimiento se está siguiendo una investigación de la que resulta que se tienen fundadas sospechas sobre el lugar donde se encuentra el cadáver y donde finalmente resulta que se encuentra. Así, parece «inevitable» que se acabara descubriendo el cadáver y las pruebas incriminatorias, que se han conocido de forma casual por otra vía indirecta.

3.2.3 Tratamiento del hallazgo casual obtenido en procedimiento distinto.

Una vez más, el legislador adopta los criterios seguidos por la jurisprudencia en repetidas ocasiones, introduciendo expresamente en la Ley lo que hasta el momento se conocía como investigaciones derivadas de otras y los hallazgos casuales, a los que se refiere en el apartado 3 del nuevo art. 579 bis, en el que establece: «3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que

frecuencia con la que se inicia una causa ante un Juez de Instrucción, en cuyo conocimiento se ponen los hechos, y luego, practicadas determinadas diligencias, se remiten las actuaciones a otro órgano judicial.

La infracción procesal predicable de la instrucción por falta de competencia territorial no acarrea la sanción de nulidad que el artículo 238 de la ley Orgánica del Poder Judicial reserva para los casos de falta de competencia objetiva y funcional. Al contrario, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la subsistencia y validez de lo actuado por jueces instructores sin competencia territorial mientras se dilucida la correspondiente cuestión competencial. Menos aún cabe calificar dichas actuaciones como incursas en la ilicitud que, conforme al artículo 11 de la ley Orgánica del Poder Judicial, impide la utilización de lo así sabido como medio de prueba».

¹²⁵Corte Suprema de Estados Unidos de América, caso Nix vs Williams, de 11 de junio de 1984.

tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce».

Si bien este nuevo apartado se incardina entre los referidos a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, debemos entender que también se extiende a las intervenciones tecnológicas por la remisión que hace el art. 588 bis i cuando señala que «el uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regularán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis».

En cuanto a la validez de las diligencias que se inician por derivación de otras investigaciones en curso, tuvo ocasión de pronunciarse por el Pleno no jurisdiccional dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 26 de mayo de 2009, rechazando la nulidad de las actuaciones interesada extemporáneamente, « (...) cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

Pero si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancia la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba».

Impone además el apartado 3 de este artículo al juez que resulte competente para continuar con la investigación del nuevo delito hallado casualmente, que se informe si las actuaciones de la causa matriz siguen tramitándose con declaración de secreto, con el fin de que esta situación de secreto del procedimiento de origen sea respetada en el procedimiento derivado, al que se deberá comunicar el momento en que se alce.

La validez de las intervenciones telefónicas autorizadas en el procedimiento matriz puede afectar a la validez de las aportadas al segundo procedimiento, por efecto de la nulidad de la prueba refleja que prescribe el art. 11.1 LOPJ. Esta controversia también fue resuelta en el mismo Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009,

en cuyo acuerdo también expresó que «en los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. En tales casos cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de prueba».

4 CAPITULO V DEL TÍTULO VIII. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS.

4.1 Sección 1ª, Disposiciones generales.

La anterior redacción de las intervenciones telefónicas se encontraba en el antiguo art. 579, aludía a la «intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado y en el punto tercero a la “observación de las comunicaciones (...) telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal». A pesar de no utilizar la expresión de manera literal, esta regulación, siempre se ha conocido como «intervenciones telefónicas» y tras la reforma, ha pasado a denominarse como interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, estas últimas de nueva inclusión, que se asimilan a las telefónicas, compartiendo una extensa regulación específica para ambas entre los arts. 588 ter a) al 588 ter m), con un capítulo propio, el V. Dentro de estos arts., sólo el 588 ter k) se refiere expresamente a las telemáticas, destinado a la identificación de objetivos mediante el número IP.

Esta regulación conjunta de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, las sitúa en un plano de identidad y por tanto de naturaleza

semejante.

Nos referimos en primer lugar a la intervención telefónica como medio de investigación de hechos delictivos y así, debemos distinguir entre los diversos tipos de comunicación que podemos incluir en este supuesto para determinar su ámbito.

En primer lugar, la comunicación telefónica, será aquella en la que el medio empleado son dos teléfonos, fijos o móviles, a través de una línea telefónica. Esta obviedad no resulta superflua, ya que hay otro tipo de comunicaciones entre personas con estos aparatos, que pueden no ser exactamente intervenciones telefónicas, como sucede cuando el intercambio de información se produce a través de una conexión a internet, en cuyo caso hablaríamos de una comunicación telemática -no telefónica-. Este tipo de comunicaciones, también llamadas electrónicas, son más complejas técnicamente, ya que además del mensaje contenido en la comunicación, son utilizados otra serie de datos adyacentes que son denominados comunmente como «datos asociados al tráfico», que sin formar parte del íntegro del mensaje, contiene una información relevante¹²⁶.

Las intervenciones telemáticas, por tanto, son las que utilizan una conexión a internet y tienen lugar, como hemos adelantado antes, bien a través de teléfonos de los considerados avanzados, con conexión a internet, capaces de intercambiar tráfico de datos a través de tecnología IP, o bien aquellas comunicaciones a través de un ordenador, portátil, tablet...; en definitiva, lo determinante para la clasificación como telefónica o telemática se sitúa en el canal empleado. Si transcurre a través de una línea convencional es telefónica y si por el contrario se desarrolla a través de una línea de internet es telemática¹²⁷, con independencia de que el aparato tenga capacidad para

¹²⁶A este respecto señala GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J.: «Utilización en el proceso penal de datos vinculados...», op. cit., pág.4, que «La realidad técnica de las comunicaciones electrónicas comporta que, junto al contenido que el emisor desea trasladar al receptor, deba tratarse de una serie de datos, a los que se ha calificado de «datos de tráfico», distintos de este contenido, sin los cuales no es posible realizar la comunicación».

¹²⁷Como señala URBANO CASTRILLO, E.: «El documento electrónico: Aspectos procesales», en *Internet y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 10, 2001, pág. 531, la ciberdelincuencia, al ser una categoría criminológica específica, en cuanto se trata de una delincuencia internacional, que salta

utilizar cualquiera de los dos canales de comunicación.

No obstante, a la vista que la regulación de la intervención de ambas es común, la distinción pierde parte del sentido que se le pueda intentar dar.

4.1.1 Contenido formal y material de las intervenciones telefónicas.

Las intervenciones telefónicas se pueden abordar desde distintas perspectivas, para nuestro estudio, la perspectiva más relevante es aquella a través de la cual se obtiene la fuente de prueba que va a acceder al proceso penal y así, las podríamos definir como aquella serie de operaciones técnicas que, amparadas por una resolución judicial o norma habilitante, nos permiten acceder al contenido de la comunicación entre dos personas, con la finalidad de constituir una fuente de prueba válida en el proceso penal. Es decir, lo relevante será, no solo el contenido material de las conversaciones, sino el cumplimiento formal del proceso necesario para su obtención. También se pueden considerar las intervenciones telefónicas como una fuente de gran valor para la investigación policial y bajo esta perspectiva, lo más relevante no será ni el proceso para la obtención de las conversaciones ni las garantías jurídicas necesarias, sino el contenido material de las propias conversaciones, que se constituyen en una fuente de incalculable valor para los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en la prevención, investigación y persecución de hechos delictivos y sus partícipes, permitiéndoles obtener una información de vital trascendencia que por cualquier otro medio sería difícil o imposible de obtener, convirtiéndose hoy en día en el medio de investigación más eficaz en la lucha contra delitos de particular relevancia, partiendo de la realidad social en la que nos desenvolvemos, donde el uso de los teléfonos y comunicaciones a través de las redes sociales o internet están tan interiorizadas que no reparamos en el papel tan destacado que han adquirido en la forma de comunicarnos con otras personas y en la misma proporción, en la actividad delictiva. También se presenta como una herramienta necesaria para el

fronteras, son delitos de fácil comisión, ya que los ordenadores personales están cada vez más al alcance de cualquiera; se detecta un elevado grado de impunidad, muchas veces porque las víctimas-empresas no denuncian por el desprestigio que les puede suponer; y existe una gran dificultad para encontrar y viabilizar las pruebas, por la falta de medios existente, el desconocimiento sobre lo que se denomina todavía nuevas tecnologías y por los problemas de la legislación y praxis judicial.

desarrollo de las comunicaciones entre los individuos pertenecientes a grupos organizados para la comisión de hechos delictivos.

En cuanto a la intervención de las comunicaciones atendiendo a su aspecto formal, como mecanismo para articular la prueba necesaria para mantener acusación formal contra el investigado en una causa criminal, será necesario analizar el proceso por el que se ha conseguido la evidencia legal, que se constituya en prueba de cargo suficiente para formular acusación contra los investigados en un proceso judicial, que debe cumplir una serie de requisitos formales en cuanto a su adopción amparada en resolución judicial, sometida a los principios de proporcionalidad, especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y subsidiariedad.

La distinción o estudio de las intervenciones telefónicas desde su perspectiva formal y material, ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina¹²⁸ y la jurisprudencia desde hace tiempo, así, el Tribunal Supremo en su STS de 24 de marzo de 1999¹²⁹, con cita de otras anteriores, ya se refirió a esta doble naturaleza, como fuente de investigación y como medio de prueba, que debe ser investido de determinadas garantías que la conviertan en idónea para acceder al proceso y convertirse en prueba de cargo suficiente para amparar una posible sentencia condenatoria.

En cuanto al aspecto material de las intervenciones telefónicas, también ha sido objeto de estudio por el Tribunal Supremo, en STS 1140/2009¹³⁰, cuyo pasaje transcribimos por su interés:

¹²⁸Entre otros, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Ed Colex, Madrid 1991, pág. 90, se refiere al efecto inmediato de las intervenciones telefónicas, dirigido a la investigación, producción y aseguramiento de las fuentes de prueba, distinguiéndolo del efecto mediato de la misma, encaminado a la producción de medios de prueba válidos para su valoración en el acto del juicio oral.

¹²⁹STS 511/1999 de 24 de marzo, señala que «la intervención telefónica puede tener una doble naturaleza en el proceso penal. Puede servir de fuente de investigación de delitos, orientando la encuesta policial, o puede ella misma utilizarse como medio de prueba en cuyo caso ha de reunir las condiciones de certeza y credibilidad que sólo quedan garantizadas en el respecto a las leyes procesales, siendo especialmente importante el proceso de introducción de las intervenciones en la causa penal y su conversión en prueba de cargo».

¹³⁰STS 1140/2009, de 23 de octubre.

«con carácter general las conversaciones telefónicas escuchadas y grabadas con autorización judicial tienen normalmente una mera función delimitadora de la investigación policial permitiendo concentrar y dirigir las pesquisas criminales a la luz de los datos y revelaciones escuchadas en las conversaciones intervenidas. Más que originar prueba de la comisión de un determinado delito o demostración de la participación en él de una persona, la intervención telefónica suministra generalmente los datos necesarios para encauzar una eficaz investigación policial o sumarial que posibilite en su caso el descubrimiento de pruebas de relevancia penal. En ciertos casos además suministra también datos que actúan como simples corroboraciones de lo acreditado por otro elemento de prueba. Solo muy excepcionalmente, la conversación intervenida prueba por sí sola, es decir, sin otros elementos de prueba disponible, la comisión del delito de que se acusa, y la participación en él de aquél que es acusado como responsable. Para ello es necesario que además de la licitud y de su validez procesal, tenga suficiente contenido incriminatorio, lo cual pasa necesariamente -cuando es la única prueba de cargo verdaderamente significativa y relevante- porque quien converse telefónicamente narre con claridad el hecho, relatando la comisión del delito y participación en él, en términos que no ofrecen duda sobre el sentido de lo que dice y el alcance de lo que cuenta; no menos que como se exige en cualquier narración epistolar, documento escrito o conversación directa escuchada por quien está presente».

Por tanto, desde un punto de vista material, el contenido de las conversaciones intervenidas como fuente de conocimiento, debe conducir a otras de mayor trascendencia, o bien corroborar el contenido de otras obtenidas por otros medios. En definitiva, para que la prueba obtenida a través de una intervención telefónica se integre en el acerbo probatorio para su valoración con el conjunto de las pruebas, debe haberse obtenido de una forma lícita, sin merma de las garantías constitucionales y siguiendo los cauces procesales oportunos para su adopción y además, su contenido, debe ser incriminatorio por si solo, en consonancia con el resto de pruebas que se hayan podido obtener durante la investigación, disminuyendo su eficacia probatoria si la información obtenida no es respaldada por otros indicios probatorios.

4.1.2 Presupuestos.

Se introduce con el art 588 ter a) el presupuesto necesario para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, estableciendo:

«La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga como objeto alguno de los delitos a que se refiere el art. 579.1¹³¹ de esta ley o delitos cometidos través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación».

Refiriéndose al último de los supuestos que autorizan la intervención telefónica MORENO CATENA critica la excesiva amplitud discrecional otorgada a la autoridad judicial para autorizar una medida que atenta directamente contra el derecho al secreto de las comunicaciones, protegido constitucionalmente, que colisiona con los principios generales de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad del art. 588 bis a)¹³². No comparto esta visión, toda vez que, precisamente estos principios generales, sirven de dique de contención a las resoluciones que pudieran adoptarse de manera arbitraria o superando los límites permitidos constitucionalmente para la adopción de una medida restrictiva del derecho al secreto de comunicaciones.

La regulación anterior del antiguo art 579 no establecía límites o restricciones del presupuesto necesario para acordar las intervenciones telefónicas, por lo que podían autorizarse para la investigación de cualquier delito, con tal de que el juez que dictara la resolución considerara adecuada y proporcional la medida de injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.

¹³¹ El art 579.1 a que se remite este artículo enumera los delitos cuya investigación justifica la detención y apertura de la correspondencia privada, postal y telegráfica, y que son:
«Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
2º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
3º Delitos de terrorismo».

¹³²MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pag. 284.

Esta relación tasada de delitos que pueden ser investigados con las excepcionales medidas limitativas del derecho constitucional del secreto de las comunicaciones, se completa con los «delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación». La investigación de este tipo de delitos ya tuvo acogida con la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013 en su conclusión 22.3.

Lo cierto es que los delitos objeto de investigación, con estas medidas, suelen ser normalmente delitos relacionados con el crimen organizado (narcotráfico, terrorismo y trata de seres humanos) que presentan una particular relevancia social¹³³, por la alarma creada en torno a los mismos. Este tipo de delitos han cobrado una dimensión supranacional y una complejidad técnica que obliga a las fuerzas policiales a ampliar los medios de investigación para «luchar con igualdad de armas», relajándose en cierto modo el requisito, que recordemos resulta necesario, de recurrir solo a la medida de intervención telefónica cuando no sea posible continuar la investigación por otros medios menos invasivos de la esfera personal de los individuos investigados.

Inicialmente, cualquiera de las penas con que el Código Penal castiga los delitos relacionados con el crimen organizado, están por encima del límite cuantitativo objetivo del máximo de tres años de prisión. No obstante, hay algunos delitos, cuya pena no excede este límite, que pueden ser investigados mediante escuchas telefónicas como ocurre con la pertenencia a grupo criminal prevista en el art. 570 ter del CP, que la jurisprudencia ha venido admitiendo cuando se aplica a los clanes familiares que se dedican al narcotráfico en núcleos poblacionales concretos, desplazando la previsión del art. 369 bis del CP, a las tramas que emplean medios muy sofisticados y se desenvuelven a nivel internacional, aunque la pena máxima prevista en este supuesto no alcance los tres años (entre seis meses y dos años prevé el 570

¹³³CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: «Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia «Las reformas del proceso penal»*, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2186, 2016, pág. 30, resalta que la autorización judicial no solo debe basarse en la persecución de un delito grave y la pena que lleve aparejada, sino que además, debe tener en cuenta el bien jurídico protegido y su repercusión a nivel social.

ter 1 b). No obstante, a pesar de la pena prevista, estos delitos pueden ser investigados utilizando las intervenciones telefónicas a la vista de la previsión del art 588 ter a) en relación con el 579.1, ambos de la LECrim, a diferencia de otros delitos que, siendo de los que podríamos catalogar como de especial relevancia social, no reciben la cobertura de estos artículos, como pueden ser los delitos de violencia, amenazas, acoso, coacciones o vejaciones leves no habituales sobre la mujer y el acoso sexual. Otros delitos, que también sorprende hayan quedado fuera del paraguas que ampara las intervenciones telefónicas, son los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, el de prevaricación de funcionarios, revelación de secretos, tráfico de influencias y negociaciones prohibidas, en definitiva los denominados comúnmente como «delitos de corrupción», cuya alarma social podrían justificar que se hubieran podido incluir, principalmente por el momento en que se ha publicado la reforma, salpicado con un goteo constante de este tipo de hechos delictivos.

4.1.3 Ámbito.

El objeto material de las intervenciones telefónicas viene determinado por el art. 588 ter b)

«1. Los terminales o medios de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado. (...) También podrá intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad (...)».

Se ciñe por tanto el objeto material de la intervención telefónica a los terminales o medios de comunicación, además del investigado, deja abierta la posibilidad de que se intervengan los de la víctima ante un supuesto concreto. El término «habitual u ocasionalmente», introduce un elemento subjetivo a valorar por el juez que deba aprobar la medida, que en principio debe ser proporcional a la gravedad de los hechos investigados, sin que nada impida que se apruebe por el mero hecho de comprobar que el investigado es el titular de la línea a intervenir y que la ha utilizado en alguna ocasión.

En cuanto a la nueva referencia introducida con respecto al teléfono de la víctima, encontramos su justificación en los casos de secuestro o sustracción

de la víctima, como medida encaminada a su localización en el menor tiempo posible, supuesto que ha sido objeto de análisis jurisprudencial ¹³⁴, que contempló que la intervención de la línea telefónica de una víctima no supone una infracción de derecho fundamental.

Nos surgen ciertas dudas en esta última previsión analizada, que podría entrar en colisión directa con lo que ya vimos del art. 588 bis a) 2º, donde prohíbe expresamente la autorización de «medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva». Es decir, la resolución en la que se acuerde una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones, debe expresar las razones fácticas y jurídicas en que se basa en forma de indicios reveladores de una conducta reprochable penalmente y de las personas investigadas. El Tribunal Constitucional, se ha referido a estos indicios diciendo que deben ser algo más que simples sospechas y deben proporcionar una base real, de la que se pueda inferir que se va a cometer un delito, e igualmente el Tribunal Supremo¹³⁵ repite en su doctrina la necesidad de investigar delitos concretos autorizados por resolución judicial, con prohibición de las investigaciones prospectivas.

Analizamos también el apartado 2 en sus párrafos primero y tercero, que establecen:

«2. La intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con

¹³⁴STS 393/2015, de 12 de junio, donde se refiere a ella señalando que «la investigación comienza precisamente con la intervención de las comunicaciones telefónicas de la propia víctima, ya que ese era el camino más directo para intentar desvelar cuáles eran las verdaderas dimensiones de lo que en principio pareciera ser una simple agresión causante de unas lesiones de una gravedad relativa».

¹³⁵STS 991/2016, de 12 enero 2017, en la que haciendo referencia a la STS 717/2016, de 27 de septiembre remarca que «cuando se trata de investigaciones realizadas mediante intervenciones telefónicas, entre los requisitos que deben ser observados se encuentra el de especialidad de la medida, en el sentido de que la intervención debe ser orientada hacia la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. Lo que no excluye que los hallazgos casuales sugerentes de la posible comisión de otros delitos distintos no sean válidos, sino que la continuidad en la investigación de ese hecho delictivo requiere de una renovada autorización judicial (en este sentido, entre otras, SSTS 468/2012, de 11 de junio; 157/2014, de 5 de marzo; 425/2014, de 28 de mayo; 499/2014, de 17 de junio)».

independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario (...).

A los efectos previstos en este artículo se entenderán por datos electrónicos de tráfico asociado todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga».

El principal problema que presentan los datos de tráfico es su durabilidad, que perdura más allá del proceso de comunicación, por lo que, incluso una vez ha finalizado, los datos permanecen almacenados en posesión del operador de telecomunicaciones para su posible utilización posterior en los casos y con los requisitos determinados por la Ley¹³⁶. Dentro de los datos de tráfico, encontramos los llamados de suscripción, que son tratados junto con el proceso de comunicación¹³⁷, entre los que se pueden incluir los del titular del teléfono o conexión a internet, que sirven para una posible identificación de uno de los interlocutores. Existen otros anexos a la comunicación, como los «datos de prestación», que comprenden los que integran la relación entre el abonado y el prestador de servicios de telecomunicaciones y que no estarían incluidos dentro de los datos de tráfico.

Se acoge el criterio que hasta ese momento mantenía la Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que impone la necesidad de autorización judicial para la intervención telefónica, siempre que

¹³⁶Como señala MARROIG POL, L.: «La seguridad nacional y el acceso a los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas». *La Ley*, n.º 5799, 2003, pág. 1, «El problema de los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas es que estos datos se sitúan más allá del tiempo real en que ha tenido lugar la comunicación, en el almacenamiento en soporte permanente para una posterior utilización (acceso) legítima por parte de los operadores o de terceros. Este almacenamiento y posterior acceso son legítimos para finalidades específicas que previamente hayan sido determinadas en la norma, salvo las excepciones que legalmente pudieran establecerse».

¹³⁷Así lo entiende FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*. Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pág. 101.

se trate de datos vinculados a procesos de comunicación. La propia exposición de motivos de la LO 13/2015 ya adelantó que «en la investigación de algunos hechos delictivos, la incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados puede resultar de una importancia decisiva».

4.1.4 Afectación de terceros.

La afectación de terceras personas titulares de los terminales objetos de intervención, se regula en el nuevo art. 588 ter c) LECrim:

«Podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática perteneciente a una tercera persona siempre que:

1º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información o

2º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.

También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular».

No vamos a reiterar en este apartado lo dicho al referirnos al art. 588 bis b) en el que abordamos esta cuestión con carácter general, simplemente indicaremos que este art 588 ter c) afecta a los terceros ajenos y desconocedores de la actividad criminal del investigado, conozca o no, que el mismo esté utilizando el teléfono o dispositivo telemático de su propiedad. El último párrafo es esclarecedor y en cierta manera reiterativo, de lo dispuesto en el primero y en definitiva autoriza la intervención de teléfono o dispositivo telemático utilizado por el investigado, cuyo titular desconoce dicho uso para fines delictivos.

Otra cuestión a analizar es la titularidad de la línea que se pretende investigar. En este caso, el legislador ha seguido los numerosos precedentes que autorizan la intervención de un terminal telefónico que, perteneciendo a una persona, es utilizado habitual u ocasionalmente por otra para la

consecución de actividades delictivas (SSTS 474/2012¹³⁸ y 242/2014¹³⁹). Por tanto, lo verdaderamente relevante, no es la titularidad del teléfono, sino la persona que lo utiliza.

4.1.5 Solicitud de autorización judicial.

En general, toda solicitud de autorización judicial debe de contener, además de los enunciados en el art. 588 bis b), referidos a medidas de investigación tecnológica, en cuanto a la descripción de los hechos considerados delictivos, identificación de los investigados y los medios de comunicación empleados, justificando además, el sometimiento a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, exponiendo los indicios descubiertos hasta ese momento, cuestiones que ya abordamos ampliamente en el capítulo anterior, cuando se trata específicamente de intervenciones telefónicas, debe contener la solicitud además, los requisitos previstos en el art. 588 ter d LECrim:

«1. La solicitud de autorización judicial deberá contener, además de los requisitos mencionados en el art. 588 bis b), los siguientes:

- a) La identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica.
- b) Los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

2. Para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos:

- a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.
- b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.
- c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.
- d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos».

¹³⁸STS 474/2012, de 6 de junio.

¹³⁹STS 242/2014, de 27 de marzo.

Es decir, a los requisitos generales, de identificación de usuarios y terminales, añade este artículo los referidos exclusivamente a la comunicación telefónica en cuanto a su extensión, objeto, forma y tipo de comunicación, origen y destino de la misma y los datos concretos del tráfico.

La excepción a la necesidad de resolución judicial para la adopción de la medida de intervención telefónica, la contiene el apartado tercero del mismo artículo:

« (...) 3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida».

Esta excepción a la necesidad de acordar la medida en resolución judicial motivada, no es ajena a la anterior legislación al respecto, que ya contemplaba la autorización de intervención telefónica por una autoridad gubernativa en el art. 579.4. No obstante, se elimina la referencia a la actuación delictiva de elementos rebeldes como objetivo de la investigación, estableciendo como novedad el plazo máximo de veinticuatro horas para comunicarlo a la autoridad judicial y un mayor detalle en la comunicación o dación de cuenta, que anteriormente solo contemplaba que fuera motivada y ahora, explícita que se harán constar las razones que justificaron la adopción de la medida.

4.1.6 Control de la medida.

El control de las medidas de intervención telefónica se introduce en el art. 588 ter f) LECrim, refiriéndose a las medidas de intervención telefónica,

donde establece que «en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 588 bis g, la Policía Judicial pondrá a disposición del juez, con la periodicidad que este determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas. Se indicará el origen y el destino de cada una de ellas y se asegurará, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas». En el mismo sentido se expresa el art. 588 ter h) respecto de las prórrogas: «La Policía Judicial aportará, en su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida. Antes de dictar la resolución, el juez podrá solicitar aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas».

Claramente, aparece el contenido del soporte que alberga las grabaciones. Debe recogerlas íntegramente en todo caso, entendiendo que se trata tanto de las comunicaciones orales registradas, como de las producidas por escrito en SMS, que se presentarán ordenadas cronológicamente en archivos debidamente etiquetados en la forma habitual de presentación, tal y como los emite el sistema SITEL y aquellos otros de que dispongan los cuerpos respectivos encargados de la ejecución del cumplimiento de la medida autorizada. El soporte que contenga la grabación de las conversaciones debe contener todo lo registrado, sin excepción. Además, dicho soporte, ha de presentarse certificando su autenticidad e integridad respecto de lo registrado en el ordenador central, sellado por el correspondiente procedimiento técnico, que será el dispensado por el sistema utilizado, todo ello, en la forma acostumbrada. Ninguna novedad habrá al respecto, superada finalmente la diferenciación inicial entre originales y copias.

Además del contenido íntegro de las grabaciones, debe aportarse un segundo soporte que debe de contener «la transcripción de los pasajes que considere de interés», según criterio de la policía actuante, que deberá implementarse impreso para su presentación al Juzgado y unión a los autos. La razón impone que comprendan aquellos pasajes más comprometidos, o que aporten indicios suficientes de conducta delictiva de entidad suficiente,

para acordar el inicio o prórroga de las intervenciones telefónicas.

El control, tanto de la intervención inicial como de las posibles prórrogas posteriores, no implica la obligatoriedad para el Juez de su inmediata audición para poder acordar nuevas prórrogas. Es decir, no puede equipararse el control judicial de la medida con la audición y transcripción de todas las grabaciones. Lo verdaderamente relevante, es que el juez disponga de todos los elementos necesarios para poder justificar la adopción la medida, que pueden estar incluidos en el oficio policial que se le presente por los agentes actuantes que materialmente están realizando las escuchas, en las que se expresen los pasajes más relevantes que puedan justificar su adopción¹⁴⁰. No obstante, la ausencia o deficiencia de este control judicial, incide directamente en el derecho al secreto de las comunicaciones, provocando su vulneración cuando se adopta la medida, sin disponer de los elementos necesarios para efectuar el juicio de proporcionalidad que justifique el dictado de la resolución correspondiente.

Dictada la resolución inicial de intervención, no es necesario para su control que se remitan el total de las grabaciones originales con sus transcripciones, sino que bastará con la remisión de los pasajes más relevantes en el periodo temporal, que se fijará en la resolución habilitante de la restricción. El control judicial *a posteriori* del resultado de la intervención, en lo referente a la entrega y selección de las grabaciones, la custodia de los originales y la transcripción de su contenido, no forma parte estrictamente del derecho al secreto de las comunicaciones, pero afecta directamente a su posible incorporación al proceso como material probatorio al haberse incorporado de forma defectuosa, lo que habrá de valorarse en cada caso en concreto. El control judicial de la medida es parte esencial del derecho al secreto de las comunicaciones y su deficiencia o inexistencia, supondrá una vulneración de la protección otorgada por el art. 18.3 CE a este derecho

¹⁴⁰STC 26/2010, de 27 de abril, en la que señala que «(...) denuncia también la demandante la falta de control judicial en el seguimiento de la intervención. Al respecto, hemos afirmado que para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales».

fundamental¹⁴¹.

4.1.7 Duración y prórrogas.

La duración de la medida de intervención telefónica y las prórrogas de la misma se regulan en los arts. 588 ter g) y h) respectivamente. El primero señala que, «La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de la autorización judicial, será de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses».

Y las prórrogas en el siguiente 588 ter h): «Para la fundamentación e la solicitud de prórroga, la Policía Judicial aportará, en su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida.

Antes de dictar la resolución, el juez podrá solicitar aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas».

Ya analizamos al referirnos a las prórrogas y duración de las medidas de tipo tecnológico, las referidas a las intervenciones telefónicas, para su mejor comprensión, al abordarlas desde un punto de vista general a tener en cuenta al momento de la adopción de cualquier medida. Simplemente añadiremos, que será necesario en la solicitud de prórrogas, solicitarse con el tiempo suficiente para poder ser examinada por el juez competente y dictar la correspondiente resolución, accediendo o denegando, que no podrá ser inferior a dos días.

4.1.8 Notificación del cese de la medida a terceras personas.

Se introduce con la LO 13/2015 un nuevo art. 588 ter i), que en su párrafo tercero, se refiere a la notificación a las personas intervinientes en las

¹⁴¹STS 523/2017, de 7 de julio, en la que en este sentido expresa: «4. En cuanto a la falta de control judicial, el Tribunal Constitucional ha señalado que (STC n1 184/2003) "...si bien el control judicial de la ejecución de la medida e integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo, F.3; 121/1998, de 15 de junio, F.5), para considerar cumplido el requisito de que las intervenciones se ejecuten bajo control y supervisión judicial es suficiente con señalar que los autos de autorización y prórroga fijaban términos y requerían de la fuerza policial ejecutante dar cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, así como que el órgano judicial efectuó un seguimiento de las mismas».

comunicaciones intervenidas:

«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 (...).».

Esta previsión, no solo afecta a las personas investigadas, también afecta a aquellas personas que han intervenido en las conversaciones grabadas por la policía judicial. Parece una medida más encaminada a maquillar el exceso que pueda resultar *a posteriori* del resultado de una intervención telefónica. Por otra parte, de difícil cumplimiento procesal, a la vista que las conversaciones grabadas normalmente se refieren a multitud de llamadas de distintas personas y sobre cuestiones diversas, que pueden afectar o no, a la actividad delictiva investigada, de tal manera que la identificación de esas personas, su localización y puesta a disposición de las concretas conversaciones en las que haya participado, se antoja prácticamente de imposible cumplimiento. Posiblemente, de este hecho, deriva la inclusión en el mismo párrafo de la exención «salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones». Parece por tanto, una declaración dirigida a aquellas personas que, teniendo relación directa con las personas investigadas y que por si mismas tuvieran conocimiento de que constan en unos autos unas conversaciones privadas mantenidas con los investigados, pero que no han resultado de trascendencia para la investigación, sean eliminadas y excluidas del proceso, por afectar en definitiva, a terceras personas ajenas a la comunicación. Es por ello que, en el mismo apartado 3, incluye en su último párrafo: «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». Cabe preguntarse en qué posición jurídica queda el tercero al que se le ha notificado el cese de una medida de intervención de comunicaciones, que ha entrado en colisión directa con su derecho a la intimidad, ya que además de hacerle entrega de las copias de aquellas conversaciones que han sido grabadas, parece razonable arbitrar un

mecanismo para que las mismas se eliminen de manera efectiva, no solo del material probatorio que obra en las actuaciones, sino incluso de los archivos policiales, evitando archivos paralelos.

MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO ¹⁴² diferencian entre la puesta en conocimiento del acto de injerencia sobre la persona inicialmente investigada y aquéllos otros que solo han sido sospechosos pero no han adquirido la condición de investigados. Constituye además esta notificación un mecanismo a través del cual, los afectados en un proceso de intervención de comunicaciones puedan ejercitar las acciones legales que pudieran considerar que les corresponden. A este respecto ya se pronunció la Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado cuando resalta que «una vez que haya cesado la vigencia de la medida deberá comunicarse su adopción a la persona o personas afectadas en aras a que, a partir de entonces y en su caso, puedan ejercer las acciones legales que les correspondan y estimen pertinentes. De no ser así se les privaría de obtener la tutela de sus derechos fundamentales (vid. ATS de 18 de junio de 1992). Tal obligación de notificar deriva de los derechos que le asisten al imputado en virtud de los arts. 118 y 302 LECrim».

4.1.9 Acceso de las partes a las grabaciones.

En el mismo art. 588 ter i) antes referido, en sus apartados 1 y 2, se establece:

«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

¹⁴²MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid 2015.

que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El juez de instrucción, oídas o examinadas por si esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa».

Esta nueva regulación del acceso de las partes a las grabaciones practicadas por la Policía Judicial, sigue la línea marcada por la jurisprudencia y sin duda, tiene la finalidad de preservar el derecho de defensa de las partes al momento de finalización del periodo de secreto de las actuaciones, en el que se produce el acceso a las mismas. Hasta ese momento, solo el Ministerio Fiscal podía acceder a las grabaciones, pero levantado el secreto y hecho efectivo el acceso al contenido de las conversaciones interceptadas, las partes pueden evaluar las pruebas existentes contra los investigados, así como las posibles vulneraciones de sus derechos que se hayan podido producir y actuar en consecuencia.

El proceso diseñado no es menor, según expresan estos dos apartados el juez deberá extraer del total de las grabaciones todas aquellas que se refieran a la vida íntima de las personas, dando por hecho que tampoco sean relevantes para la investigación en curso. Nada dice el artículo sobre la forma en que tal previsión se plasmará en el proceso, pero como cada decisión judicial, deberá adoptarse en una resolución en la que se acuerde ordenar la extracción del contenido de las copias de los pasajes íntimos, siendo conveniente conceder un plazo a las partes intervinientes, que no al Ministerio Fiscal que ya conoce el total del contenido, para que puedan alegar lo que a su derecho convenga sobre la inclusión o exclusión de estos pasajes, de cuya alegación sí que se hará participe al Ministerio Fiscal como defensor del orden público. Sin duda, mas allá de la decisión sobre el contenido resultante de las grabaciones, el siguiente problema se traducirá en la composición del soporte físico para su entrega a las partes, a la vista de los escasos medios con que cuenta la Administración de Justicia, que sin duda apuntan a un servicio centralizado, posiblemente en los servicios centrales de la Policía o cuerpo policial que haya practicado la investigación, que podrán gestionar con mayor facilidad aquella información que ya tienen en sus servidores.

También hallamos zonas de conflicto con las conversaciones entre abogados y clientes investigados, en cuanto a su consideración como incluidas

entre los aspectos de la vida íntima de las personas, que pueden entrar en colisión directa con el párrafo 4 el art. 118 donde expresamente establece que «(...) 4. Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial.

Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.

Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria».

Nada opone el artículo a la grabación de las conversaciones entre abogado y cliente, si el abogado también está investigado, cuyo desarrollo ya abordamos en capítulo anterior, refiriéndonos ahora a si dicha comunicación debe ser expulsada del proceso por afectar a la vida íntima de las personas, en la forma que establece el 588 ter i) en sus párrafos 1 y 2. El propio art. 118 parece respaldar esta posibilidad cuando afirma que «el juez ordenará la eliminación de la grabación». El problema surgirá cuando otra de las partes interese la inclusión de este pasaje, inicialmente excluido, que si bien puede inculpar a un investigado, podrá beneficiar a otro, surgiendo la colisión de derechos, momento en que el juez deberá ponderar qué derechos deben prevalecer y decidir en consecuencia. Por otra parte, la eliminación de la grabación, también parece de difícil cumplimiento, ya que los archivos obtenidos mediante la intervención de las comunicaciones forman un todo que, como no puede ser de otra manera, constituyen un archivo que no se puede modificar parcialmente, por lo que habría que eliminar de forma íntegra toda la prueba.

4.2 Sección 2ª. Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociado. Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios.

La comunicación telefónica comprende todos aquellos datos asociados a la comunicación, que pueden ser objeto de intervención por resolución judicial. En la actualidad, esta comunicación, abarca no solo el mensaje entre los interlocutores, sino que además se refiere a los terminales utilizados, su titularidad y número¹⁴³. Toda esta información se encuentra alojada en los archivos automatizados de las compañías prestadoras de los servicios de telefonía, por lo que se hace necesaria la introducción de una regulación que ampare la forma de recabar e incorporar todos estos datos a la investigación. Por ello el legislador añade una nueva sección 2ª al Capítulo V titulada «Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados», que contiene un único artículo 588 ter j), que se refiere a los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios:

«1. Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

2. Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión».

Dictada la resolución judicial habilitante para la intervención telefónica, los prestadores de servicios de telefonía, vienen obligados a prestar la colaboración necesaria para el cumplimiento de la orden judicial, con la

¹⁴³RIOS PINTADO, J.F.: «La reforma procesal. Incorporación al proceso de datos de tráfico; preservación específica de datos informáticos (arts. 588 ter j y 588 octies de la ley de enjuiciamiento criminal)», *Jornadas de especialistas en criminalidad informática*. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia Madrid, 2016, págs. 4 y ss, afirma que son los datos de tráfico los que tienen por finalidad facilitar el tránsito de la comunicación y contienen información incluida en el concepto de comunicación y permiten identificar a los intervinientes en un proceso de comunicación, así como el lugar, tiempo y los aparatos empleados.

consiguiente obligación de guardar el debido secreto en cuanto a su comunicación al abonado de la injerencia para preservar el buen fin de la investigación, además de la obediencia que impone el art. 588 ter e), que en previsión de esta situación establece:

«1 Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las comunicaciones.

2. Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.

3. Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia».

Esta nueva regulación, que viene a completar la anterior prevista en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, amplía el abanico a los obligados a prestar colaboración a la investigación en curso, tanto personas físicas como jurídicas, con el directo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia del art. 556 del Código Penal y para el caso de no guardar el debido secreto a que se refiere el apartado segundo, el delito aplicable sería el 417 CP, en relación con el 24 del mismo cuerpo legal.

Los datos asociados al proceso de comunicación también han sido objeto de análisis por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, adecuándose a las previsiones que al respecto han ido marcando las dictadas por el TEDH. Jurisprudencia que ha experimentado un proceso evolutivo desde la concepción inicial, inspirada en la STEDH de 2 de agosto de 1984 en el denominado Caso Malone, en el que sitúa estos datos adyacentes en el círculo de protección que otorga el art. 18.3 CE, por constituir parte del derecho al secreto de las comunicaciones, hasta la jurisprudencia más reciente, en la que desgrana un criterio más restrictivo y desplaza la protección de estos datos a

la esfera del derecho a la intimidad¹⁴⁴, en relación directa con el derecho a la protección de datos (arts. 18.1 y 18.4 CE)¹⁴⁵. La evolución experimentada por el TJUE en esta materia, ha tenido su transposición a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que ha acogido el supuesto de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por la cesión por parte de los operadores de telefonía de los datos asociados a la comunicación, por entender que «la misma ha ido más allá de las exigencias inherentes al principio de proporcionalidad ”convirtiendo en potenciales sospechosos a todos los ciudadanos de la Unión Europea”»¹⁴⁶. En esta sentencia, después de

¹⁴⁴DÍAZ CAPPA, J.: «Confidencialidad, secreto de las comunicaciones e intimidad en el ámbito de los delitos informáticos», *Diario La Ley*, n.º 7666, 2011, pág. 6, se refiere a esta protección diciendo que «los referidos datos conservados forman parte del derecho fundamental a la intimidad, y como antes se apuntó, el propio Tribunal Constitucional admite la posibilidad de su solicitud policial (y creo, de forma más evidente aún, del Ministerio Fiscal) cumplidos los requisitos de idoneidad, proporcionalidad, necesidad y control judicial *ex post* mediante la ponderación del correspondiente juicio de anulabilidad».

¹⁴⁵STS 740/2017, de 16 de noviembre, en la que en el FJ 1, se refiere a esta evolución diciendo, «(...) la jurisprudencia más reciente ha venido operando con un criterio más restrictivo a la hora de definir el contenido material del derecho proclamado en el art. 18.3 de la CE, hasta el punto de situar la información ofrecida por esos datos asociados en el entorno que será más propio del derecho a la intimidad, en su dimensión de derecho a la protección de datos. Decíamos en la STS 249/2008, de 20 de mayo, que, “el concepto de datos externos manejado por el TEDH en la tantas veces invocada sentencia del Caso Malone, ha sido absolutamente desbordado por una noción más amplia, definida por la locución “datos de tráfico”, en cuyo ámbito se incluyen elementos de una naturaleza y funcionalidad bien heterogénea. Y todo apunta a que la mecánica importación del régimen jurídico de aquellos datos a estos otros, puede conducir a un verdadero desenfoco del problema, incluyendo en el ámbito de la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones datos que merecen un tratamiento jurídico diferenciado en la medida en que formarían parte, en su caso, del derecho a la protección de datos o, con la terminología de algún sector doctrinal, del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE)”».

¹⁴⁶STS 400/2017, de 1 de junio, en la que en desarrollo de la jurisprudencia anterior en la materia expresa que «la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por lo que hace al objeto del motivo sería consecuencia de la anulación de la Directiva 2006/24, sobre conservación de datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, por la sentencia de 8/04/2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que afectaría a esta materia, como decíamos en la reciente STS 272/2017, fundamento segundo 2.6 «por entender que la misma ha ido más allá de las exigencias inherentes al principio de proporcionalidad convirtiendo en potenciales sospechosos a todos los ciudadanos de la Unión Europea (...) será el Juez de Instrucción correspondiente el que decida la cesión de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, lo que desde luego implica que la decisión debe ser ajustada al principio de proporcionalidad establecido expresamente en nuestra ley procesal (art 588 bis a).5 LECrim), lo que en principio no parece incompatible con la exigencia de una normativa nacional que no admita la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos

glosar las distintas normativas comunitarias y nacionales en relación con la conservación y cesión de los datos de tráfico y localización de los abonados a las compañías prestadoras de servicios de telecomunicaciones, ejerce una labor de interpretación, en el sentido de que solo es posible la conservación generalizada e indiferenciada de estos datos, cuando la finalidad es la lucha contra la delincuencia y que su cesión se debe dar en el marco de la lucha contra la delincuencia grave, sin supeditar dicho acceso a un control previo por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa independiente. Es decir, establecida la obligación de conservación de datos, su cesión solo tendrá lugar cuando una resolución judicial ajustada al principio de proporcionalidad¹⁴⁷ así lo determine en el seno de una investigación de un delito de los considerados graves, entendemos, que no solo desde el punto de vista penológico, sino también atendiendo al criterio de gravedad de determinadas conductas de particular preocupación social, como son los relacionados con los relacionados con la corrupción política y abusos a menores.

4.3 Sección 3ª Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad.

4.3.1 Identificación mediante número IP.

Dentro del Capítulo V dedicado a la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, el único artículo dedicado a las telemáticas es precisamente el 588.ter k):

«Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión de algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación

de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica».

¹⁴⁷Esta exigencia reforzada del principio de proporcionalidad es analizada por PEDRAZ PENALVA, E.: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», como parte de la obra *Constitución, jurisdicción y proceso*. Akal, Madrid, 1990, págs 313 y ss.

personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el art. 588 ter e, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso».

Larga es la tradición jurisprudencial que prohíbe la investigación prospectiva¹⁴⁸ a la que parece referirse este artículo cuando señala que «de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet». No obstante, es evidente que la prevención y descubrimiento de los delitos es la función principal de la policía y siempre que su actuación acontezca antes de la intervención telefónica. Por tanto, dándose en el marco de una investigación previa a la judicial, como consecuencia del análisis de la información a la que pueda tener acceso, nada parece oponerse a profundizar en esa investigación con el paso siguiente y lógico de identificar al titular o usuario y localización del dispositivo que pudiera estar utilizándose para la comisión de un delito, que por otra parte, debe ser de los considerados de entidad suficiente para justificar la injerencia en el secreto de las comunicaciones.

Una dirección IP (internet protocol), es un número que identifica a un usuario determinado, de hecho, en lo que a internet se refiere, lo que verdaderamente identifica es el acceso de un abonado a la red. De ahí, que bajo un número de IP varias personas pueden utilizar dispositivos para acceder a la red. Partimos por tanto de la base de que, la identificación de un usuario de internet, no necesariamente determina qué persona es la que accede a la red. Por ello, la averiguación inicial de la IP que ha tenido acceso a determinado contenido de carácter ilícito no reviste mayor problema, pudiendo obtenerse de manera casi inmediata por las fuerzas policiales, sin necesidad de autorización previa, ya que lo que el propio usuario ha introducido en la red es público y por tanto accesible a terceras personas, pero las siguientes actuaciones dirigidas a la identificación de este usuario sí que deben someterse a control judicial por afectar al derecho al secreto de las comunicaciones o de forma indirecta a la intimidad personal.

¹⁴⁸ STS 223/2012 de 20 de marzo de 2012, FJ 1º donde se se recoge que “Rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección”.

4.3.2 Identificación de usuarios de intercambio de archivos P2P (*peer to peer*).

La problemática que presenta la interceptación de la dirección IP por parte de las fuerzas policiales en su labor de investigación y prevención de la comisión de actos delictivos, debe ser analizada desde dos perspectivas. Así, partiendo de la base de que la dirección IP no identifica al usuario, sino al ordenador que accede a la red, se plantean al menos dos posibilidades de comunicación que pudiera ser objeto de investigación. Aquella en que la comunicación entre ordenadores tiene un carácter privado y contiene una comunicación entre dos usuarios que entablan un verdadero proceso de comunicación en sentido estricto y por otra parte, aquellos accesos a la red a través de programas de los denominados P2P (*peer to peer*), mediante los cuales el usuario utiliza el ordenador como un cliente/servidor para el intercambio de archivos con otros usuarios, estableciéndose una comunicación de intercambio de información que adquiere el carácter de público por ser accesible sin restricción al resto de usuarios. En estos dos supuestos, la forma de abordar la posible injerencia por parte de la policía en su labor investigadora tiene un distinto tratamiento; en el primer caso, tratándose de una comunicación entre personas, es necesaria autorización judicial. No ocurre lo mismo con el segundo supuesto en el que el proceso de comunicación está expuesto al acceso de terceras personas. Por tanto, los requisitos para obtener el número IP identificador del usuario que accede o transmite determinados archivos, no están sometidos al requisito de necesidad de resolución judicial autorizante de la injerencia, por no tratarse de datos reservados o confidenciales, siendo de conocimiento público y general.

Otra cuestión es dónde se almacenan esos archivos obtenidos y la posibilidad de acceder a los mismos con el fin de obtener pruebas objetivas de comisión de delitos. El art. 18.1 CE no regula expresamente la forma de restricción de este derecho, por lo que viene siendo necesaria la previa orden judicial para su acceso a la vista de lo previsto en el art. 53.2 CE. Esta interpretación generalmente aceptada fue modificada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2011, de 7 de noviembre, en la que analiza el acceso policial, sin consentimiento del propietario, a la carpeta de un ordenador que contenía archivos con contenido pornográfico en los que aparecían menores y que era compartida con todos los usuarios de un programa de

intercambio de archivos llamado eMule. El Tribunal concluyó que el acceso a estos archivos estaba justificado a la vista de la urgencia de poner fuera del alcance de una pluralidad de usuario el material pornográfico, excepcionando la necesidad de la previa autorización judicial. Esta sentencia fue discutida por un sector de la doctrina al entender que la urgencia no puede legitimar una restricción del derecho a esta intervención sin la pertinente resolución judicial, ya que solo una ley puede determinar esta limitación de alcance constitucional y en ningún caso una sentencia¹⁴⁹.

En resumen, la obtención de la IP pública por parte de las fuerzas policiales no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, ni el derecho a la intimidad. Otra cuestión, es que esta dirección así obtenida, sirva de fundamento para justificar una autorización judicial con el fin de identificar al titular de la línea y subsiguientemente a la persona a la que se pueda atribuir una actividad delictiva de suficiente entidad para su concesión y a la postre no solo intervenir sus comunicaciones, sino además, poder acceder a los archivos que pueda tener almacenados.

4.3.3 Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes.

Los adelantos tecnológicos con que cuenta la Policía Judicial, actualmente, permiten obtener en ocasiones los datos identificativos de los titulares de las líneas o número de abonado sin necesidad de acudir a la solicitud de autorización judicial mediante la obtención del número IMSI o IMEI¹⁵⁰. Esta previsión ha sido introducida por la reforma a través del art. 588

¹⁴⁹ASENCIO GALLEGU, J.M.: *Las medidas de investigación y obtención de pruebas en el convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia*, dentro del libro Justicia Penal y Nuevas formas de delincuencia. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pags, 59 y 60, en el que viene a señalar que «es posible sostener que la citada sentencia constituye un atentado gravísimo a los derechos fundamentales en juego, los cuales no pueden ser restringidos sin la existencia previa de orden judicial. Cosa distinta sería que una ley lo permitiera, como luego veremos, estableciendo los casos concretos y condiciones en que se puede proceder a la limitación de ciertos derechos sin la necesidad de contar con una orden judicial. Pero si la ley no existe no puede el Tribunal Constitucional suplir la falta de ley con su voluntad».

¹⁵⁰IMEI (identidad internacional del equipo móvil o Internacional Mobile Equipment Identity) que es el número de serie del terminal o equipo en cuestión, que puede obtenerse marcando #06#.

IMSI (identidad Internacional del abonado a un móvil o International Mobile Subscriber Identity) que es

ter l), en su apartado 1 estableciendo: «1. Siempre que en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y este resulte indispensable a los fines de la investigación, los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones».

En el marco de un investigación policial, la Policía Judicial puede tener acceso a través de los artificios técnicos que el estado de la tecnología permita¹⁵¹ para acceder a la información básica del terminal utilizado por la persona investigada, que sirva para fundamentar una solicitud de intervención telefónica o telemática, como así prevé el apartado 2 del mismo artículo señalando que «una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, los agentes de la Policía Judicial podrán solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el artículo 588 ter d. La solicitud habrá de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la utilización de los artificios a que se refiere el apartado anterior».

El apartado es lo suficientemente expresivo para hacer mayor comentario. Pero no fue siempre así, inicialmente, la Jurisprudencia fue contraria a la utilización de este tipo de artificios¹⁵², pero finalmente aceptó su utilización¹⁵³.

Ni el IMEI ni el IMSI, por sí mismos, forman parte del proceso de

el número que corresponde a cada tarjeta SIM (Subscriber Identity Modale) o tarjeta chip que se inserta en el aparato para asignarle el número de abonado al terminar que la utiliza.

¹⁵¹JIMENEZ VILLAREJO, J.: *Organos especializados en relación con el crimen organizado. Audiencia Nacional. Fiscalía especial. Policía Judicial*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001, pág. 368, pone de manifiesto que la continua evolución y tecnificación de la policía judicial está conduciendo a una especialización de ésta en un continuo proceso.

¹⁵²STS 130/2007 de 19 de febrero.

¹⁵³STS 249/2008, de 20 de mayo.

comunicación, ya que lo único que facilitan es el número identificativo de un terminal telefónico, por lo que su obtención no forma parte del derecho al secreto de las comunicaciones. Pero justifican junto con otros datos, la solicitud a la autoridad judicial de una intervención de comunicaciones telefónicas.

Parece adivinarse cierta desconfianza en la utilización de este método por la Policía Judicial, a la que impone la obligación de poner en conocimiento del juez que debe adoptar la medida de intervención de comunicaciones los artificios utilizados para la obtención de los números IMEI o IMSI que la justifiquen y se omita cualquier referencia al tipo de control que se puede ejercer por el mismo, que parece integrarse dentro del juicio de proporcionalidad que debe presidir cualquier autorización de intervención de comunicaciones.

4.3.4 Identificación de terminales, titulares y dispositivos de conectividad.

Como ya vimos anteriormente, la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal, pueden requerir de los prestadores de servicios de telefonía y telecomunicaciones la revelación de los datos relativos a la titularidad o numeración de los terminales pertenecientes a un abonado, quedando obligadas las compañías a facilitar esa información y mantener el secreto del requerimiento practicado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. El nuevo artículo 588 ter m) introducido con la LO 13/2015, así lo contempla estableciendo: «cuando en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia».

Es decir, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrán acceder a la información necesaria sobre la titularidad formal de las líneas de teléfono que aparezcan como resultado de la investigación, o de aquellas que pertenezcan

a una persona investigada, que servirán de base para la obtención de los indicios suficientes que justifiquen la solicitud de la intervención telefónica a la autoridad judicial¹⁵⁴.

4.3.5 Sentencia del TJUE, Gran Sala, de 2 de octubre de 2018.

Resulta relevante esta sentencia para analizar la línea divisoria a partir de la cual se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones ante la cesión de determinados datos a la Policía Judicial. Se planteó por la Audiencia Provincial de Tarragona cuestión prejudicial con la intención de obtener una interpretación del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y su posible colisión con el artículo 1 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, en la que se establece la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicio de comunicaciones electrónicas, que también se aplica a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas, y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado.

El caso se plantea por una denuncia de un particular al que le sustrajeron de forma violenta la cartera y el teléfono móvil. La Policía Judicial solicitó judicialmente que se ordenase a distintos proveedores de servicios de comunicaciones la comunicación de los datos personales o de filiación de los titulares de los números de teléfonos correspondientes a las tarjetas SIM activadas desde el teléfono sustraído en un rango de fechas determinado, solicitud que fue denegada por entender que la Ley 25/2007 limita la cesión de estos datos durante la investigación de delitos graves. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, que fue elevado a la Audiencia Provincial de Tarragona que planteó la cuestión prejudicial, basada

¹⁵⁴CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: «Ciberdelincuencia e investigación criminal.... op. cit., pág. 29, distingue entre *intervención* para referirse a los datos propios del proceso de comunicación y *observación*, que engloba los datos referidos a la identificación de los participantes o algunos datos de tráfico anexo a la misma.

fundamentalmente en dos cuestiones; si la gravedad del delito es un criterio que justifica la injerencia en los derechos fundamentales y en segundo lugar, si en la determinación de la gravedad del delito debe atenderse en función de la pena correspondiente a dicho delito y en tal caso cuál debería ser el umbral mínimo.

La posición que al respecto mantenía el Tribunal de Justicia estaba fijada en que solo la lucha contra la delincuencia grave puede justificar un acceso a datos personales conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que, considerados en su conjunto, permiten extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos han sido conservados. Partiendo de esta premisa, entra a analizar si el acceso a los datos personales y localización correspondientes a las tarjetas SIM forman parte de los derechos fundamentales objeto de protección, llegando a la conclusión de que este acceso «no puede calificarse de injerencia “grave” en los derechos fundamentales de los individuos cuyos datos se ven afectados (...) y que el acceso a dichos datos puede estar justificada por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir “delitos” en general¹⁵⁵»

5 CAPITULO VI DEL TITULO VIII. CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS.

5.1 Introducción.

La reforma de la LECrim, operada por la LO 13/2015, introduce una

¹⁵⁵En concreto el TJUE, Gran Sala, declara en esta sentencia que «el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que el acceso de las autoridades públicas a los datos que permiten identificar a los titulares de las tarjetas SIM activadas con un teléfono móvil sustraído, como los nombre, los apellidos y, en su caso, las direcciones de dichos titulares, constituye una injerencia en los derechos fundamentales de estos, consagrados en los citados artículos de la Carta de los Derechos Fundamentales, que no presenta una gravedad de tal que dicho acceso deba limitarse, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, a la lucha contra la delincuencia grave».

nueva forma de investigación, como es la intervención o grabación de las comunicaciones orales, que si bien no se ajusta a la intervención de comunicaciones, en las que aparecen aparatos electrónicos a través de los cuales se produce la comunicación entre los interlocutores, sí que entra de lleno en el secreto de las comunicaciones que protege el art. 18 de la Constitución Española.

Para el análisis completo de estas captaciones, habrá que examinar las normas generales que contiene el capítulo IV en los distintos apartados del nuevo art. 588 bis y las normas específicas al respecto del capítulo VI, con el art. 588 quarter en sus distintas letras. Analizada esta regulación en su conjunto, podremos abordar el estudio de la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

La colocación de estos dispositivos para la grabación de conversaciones, no es ajena a nuestro Derecho anterior a la reforma, si bien, al no tener una regulación específica, se había acudido a la interpretación analógica del art. 579.2 LECrim para la intervención de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, con el aval necesario de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. No obstante, esta falta de regulación, como ya hemos indicado en apartados anteriores, venía siendo criticada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto tenía ocasión, reiterando la necesidad de una regulación completa de las intervenciones de las comunicaciones con la concreción articulada de los requisitos legales para su adopción, criticando el relleno del vacío normativo con la jurisprudencia de los altos tribunales y exigiendo, no solo una autorización judicial para cualquier injerencia que afecte a los derechos fundamentales y las libertades públicas, sino que además, gozará de una habilitación legal que garantiza la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio de los derechos con todas las garantías para los ciudadanos.

El punto de inflexión acontece cuando el Tribunal Constitucional cambia la línea jurisprudencial que hasta el momento amparaba estas intervenciones. Así, en el procedimiento de Amparo 6157/2010¹⁵⁶, declara que la regulación de

¹⁵⁶STC 145/2014 de 22 de septiembre.

las intervenciones de comunicaciones telefónicas prevista en la LECrim, no era asimilable a las grabaciones de otras conversaciones entre particulares y que por tanto, carecía de cobertura legal, entrando en el análisis de la regulación legal al respecto y de las consecuencias derivadas de su aplicación. Así, llegó a la conclusión de que la reserva de ley a la que somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en el Título I, concretamente en el art. 18.3 CE, desempeña una doble función, por una parte, impide cualquier injerencia estatal no autorizada por parte del Estado en los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos. Por otra parte, resalta que los jueces y magistrados están vinculados únicamente al imperio de la Ley, aun cuando la misma se completa por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional como intérprete de la Carta Magna. Esta insuficiencia de regulación afecta a las exigencias de la seguridad jurídica, por tanto, debe producirse un cambio definitivo en la materia. Concluía el Tribunal Constitucional que el art. 579.2 LECrim no habilita la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales. Esta normativa, que se había dado por válida inicialmente, al igual que las referidas al secreto de las comunicaciones telefónicas, por analogía, no puede justificarse con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por entender que se trata de intervenciones de comunicaciones extrañas a esta regulación concreta. Afirma expresamente el Tribunal Constitucional, en el recurso referido que «no estamos por tanto ante un defecto por insuficiencia de la ley, ante un juicio sobre la calidad de la ley, sino que se debate el efecto asociado a una ausencia total y completa de la ley» y seguidamente, declara la nulidad de la prueba obtenida por este medio.

Esta declaración, obligó al legislador a acometer de manera decidida la reforma de la LECrim en esta materia, introduciéndola con la LO 13/2015 y dedicándole el capítulo VI.

La doctrina, por su parte, también estaba dividida en cuanto a si el secreto a las comunicaciones abarcaba las orales en las que no interviene ningún artificio técnico¹⁵⁷ y los que consideran necesaria la intervención en el

¹⁵⁷Así lo entiende, entre otros, NOYA FERREIRO, M.L.: *La intervención de comunicaciones orales directas*

proceso de la comunicación de algún aparato a través del cual discurra la comunicación¹⁵⁸.

5.2 Grabación de comunicaciones orales directas.

La definición y cobertura legal en cuanto a la grabación de las comunicaciones orales directas la encontramos en el art. 588 quarter a):

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

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

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

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

En definitiva, se viene a autorizar la captación y grabación de las comunicaciones orales de los investigados, con independencia del lugar donde se encuentren, con especial incidencia en que el derecho fundamental afectado es el secreto de las comunicaciones que protege el art. 18.3 CE, desde el momento en que alude a la necesaria autorización. Señala al inicio del apartado 1 «podrá autorizarse» y en el mismo sentido lo contempla el apartado 2 al decir «la resolución habilitante». No obstante, no conviene perder

en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 108. y RIVES SEVA, A.P.: *La intervención ...*, op cit., pág. 281. y RAFOLS LLACH, J.: «Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm 1. 1992, pág. 561.

¹⁵⁸MARTÍN MORALES, R.: «El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta», *Diario La Ley*, núm. 6079, 2004, pág 1719, entiende que son las comunicaciones que transcurren a través de un artilugio técnico las que gozan del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, quedando fuera las comunicaciones orales mantenidas entre dos interlocutores que obtendrían la protección del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE.

de vista la delgada línea que lo separa del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, que queda afectado sin duda con el complemento que introduce el apartado 3 «se podrá complementar con la obtención de imágenes», e incluso podría admitirse vulnerado con la intervención en el domicilio o alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad.

La captación de imágenes en espacios públicos no necesitaba autorización judicial hasta la reforma. Así, el art. 282 LECrim, que regulaba las funciones de la policía judicial autorizaba la grabación de imágenes y había obtenido respaldo jurisprudencial, entre otras, en STS 299/2006¹⁵⁹ o en la STS 180/2012¹⁶⁰, que autorizaban a la policía judicial a utilizar los medios necesarios para constatar la realidad de los hechos utilizando los mecanismos necesarios, entre los que se encuentra la grabación de imágenes en lugares públicos, para después ser utilizado como material probatorio ante la autoridad judicial. No obstante, cuando la grabación de las imágenes acontecía en lugar cerrado, de tal manera que pudiera afectar al derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, era necesario la autorización judicial para poder obtenerlas.

No nos estamos refiriendo a la videovigilancia de las calles a través de cámaras, que afectaría al derecho a la intimidad de las personas. Ahora se plantea un escenario diferente, encardinado en el derecho al secreto de las comunicaciones. Si la obtención de las imágenes se produce en un espacio público, pero no afecta a la comunicación entre personas, no será necesaria resolución habilitante. Sin embargo, sí será necesaria cuando en la grabación queden reflejadas grabaciones de conversaciones, que son objeto de protección constitucional.

Mayor complicación presenta la grabación de conversaciones en domicilio o espacio reservado al ejercicio de la privacidad de las personas¹⁶¹,

¹⁵⁹STS 299/2006, de 17 de marzo.

¹⁶⁰STS 180/2012, de 14 de marzo.

¹⁶¹A este respecto, MARTÍNEZ RUIZ, J.: Límites jurídicos..., op. cit. págs. 75-79, argumenta que las comunicaciones orales directas que tienen lugar en un domicilio, forman parte de la esfera más íntima de la persona, por lo que no puede ser objeto de injerencia externa de ningún tipo, planteándose

en los que, además del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de las personas, queda afectado el derecho a la inviolabilidad del domicilio también protegido por el art. 18.2 CE y que por tanto, será necesario un extra de motivación en la resolución judicial que autorice las varias injerencias que se producirían, que sin duda deben ser sopesadas al momento de su adopción por el juez instructor, ponderando los derechos fundamentales en juego y la proporcionalidad de la medida.

Otra cuestión a tener en cuenta de carácter técnico para la intervención de conversaciones orales en sitio público, afecta directamente al modo en que se va a desarrollar. Salvo que se conozcan de antemano el sitio exacto y el momento en que se va a producir el encuentro de las personas cuya conversación se ha autorizado a grabar y el tratamiento de los datos obtenidos que afecten a terceras personas grabadas.

En definitiva, este nuevo art. 588 quarter a) viene a reiterar la doctrina aplicada desde tiempo atrás, utilizada por los operadores jurídicos, incidiendo especialmente en la necesidad de obtener una resolución judicial que habilite cualquier injerencia en los derechos fundamentales protegidos por el art. 18 de nuestra Constitución.

5.3 Presupuestos.

Como ya hemos adelantado anteriormente, la regulación de la grabación de conversaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, ha pasado de no tener regulación expresa a una regulación exhaustiva, que no solo encontramos en el capítulo VI en su artículo 588 quarter, sino que además, también está afectada por la regulación general relativa a todas las intervenciones tecnológicas a que se refiere el art. 588 bis. Por tanto, con carácter general, será necesaria la autorización judicial para su adopción e instalación de los artificios técnicos de captación y grabación de comunicaciones. Esta resolución, deberá cumplir con los requisitos de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad a que se somete cualquier resolución que justifique la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones analizado en el capítulo anterior

incluso si, llegado el caso, esta injerencia gozara de suficiente cobertura legal.

y que como se adelantó, no supone sino la convalidación normativa de la práctica forense utilizada por jueces y tribunales, siguiendo la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia.

En el mismo sentido, la solicitud también está sometida a los enunciados en el art. 588 bis. Así, podrá adoptarse de oficio o a petición del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, en cuyo caso, la solicitud deberá contener los requisitos exigidos con carácter general, en cuanto a la expresión de los hechos investigados y sus posibles intervinientes, los indicios¹⁶² de criminalidad descubiertos hasta el momento, extensión de la medida solicitada en lo relativo a si se ceñirá únicamente a la comunicación oral, o también se interesará la captación de imágenes, si se producirá en lugar abierto, cerrado, o en domicilio de un particular y la relación del mismo con la investigación, duración de la medida y en su caso, si algún operador de los sujetos a la Ley 9/2014 de 9 de mayo de Telecomunicaciones debe prestar alguna ayuda técnica para llevarla a efecto.

La resolución judicial que habilite la medida deberá adoptar la forma de auto y su contenido, deberá contener los hechos que el juez considera suficientes para su adopción, en relación con los indicios¹⁶³ presentados en la solicitud, su calificación jurídica, la extensión de la medida en cuanto a si se incluye la captación de imágenes o en lugar cerrado o domicilio, su duración, unidad policial encargada de su gestión, la forma y tiempo de rendición de cuenta de los resultados de la investigación y de las escuchas practicadas.

Examinados estos presupuestos generales, atinentes a cualquier medida de intervención de carácter tecnológico, los referidos expresamente a

¹⁶²Como apunta TORRES MORATO, M.A.: *La Prueba Ilícita Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 255, la solicitud de intervención telefónica a instancias de la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal, debe clarificar en qué consisten los indicios, los cuales han de ser racionales, para una correcta valoración del Juez que debe adoptar la resolución autorizante.

¹⁶³LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Akal. 1989, pág. 184-185, considera que si en el auto autorizante de una medida de intervención telefónica no constan los indicios que han servido de base para su adopción, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE.

la captación y grabación de comunicaciones orales los encontramos en el nuevo art. 588 quarter b), que establece:

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

2. Solo podrá autorizarse cuando concurren los requisitos siguientes:

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

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

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

3.º Delitos de terrorismo.

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

Observamos nuevamente que este artículo viene a reiterar el criterio del art. 579 LECrim en cuanto a los límites objetivos a que debe someterse la solicitud, referidos a la investigación de unos concretos delitos y de las personas investigadas (terroristas y pertenecientes a organización criminal). Por tanto, además del delito, la solicitud debe contener algún material probatorio suficiente para someterse al juicio de ponderación del instructor, que establezca una conexión de los sujetos investigados con determinadas organizaciones de carácter criminal o terrorista.

También deberá acotarse en la resolución el encuentro o encuentros concretos con el investigado que puedan ser relevantes, según los indicios de la investigación a que se refiere el apartado primero, contenido concreto que difiere del general del 588 bis e), que permite la autorización durante el tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. Esta previsión, que inicialmente parece bastante razonable, sin duda acarreará multitud de problemas prácticos tanto en cuanto a la manera de llevarla a término como problemas en cuanto a su concesión. Imaginemos un escenario en que se solicite la autorización para la captación de conversación en lugar cerrado o domicilio. Refiriéndose expresamente el art. 588 quarter b) a la duración temporal de la grabación que pueda autorizarse de la conversación del

investigado en uno o varios encuentros concretos, salvo que el dispositivo de escucha lo porte un agente encubierto, su colocación anterior y retirada posterior, necesariamente excederá el límite del encuentro concreto, circunstancia que sin duda habrá de ponderarse al momento de la adopción de la medida por parte del instructor. No obstante, la inclusión del legislador supone un límite a las investigaciones prospectivas que nunca es superfluo.

5.4 Contenido de la resolución judicial. Control de la medida.

Además del contenido general de las resoluciones judiciales en que se acuerde la adopción de una medida de investigación tecnológica del capítulo IV, deberá contener los requisitos expresos del art. 588 quarter c), a saber, «la resolución judicial que autorice la medida, deberá contener, además de las exigencias reguladas en el art. 588 bis c, una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia».

La previsión expresa del lugar o dependencias en los que se ha de practicar la grabación de las comunicaciones orales, como ya hemos comentado anteriormente, se constituye como un elemento de importancia práctica de gran relieve y que obliga a una motivación expresa que autorice una posible injerencia en varios derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, además de la posibilidad de la captación de imágenes, que también obligará a un examen del espacio donde se va a producir la captación, distinguiendo el espacio público que podrá ampararse en la previsión del art. 588 quinquies a), que se refiere a la obtención y grabación de imágenes de la persona investigada en lugares o espacios públicos con posibilidad de afectación de terceros y cuando se pretenda la obtención en lugar cerrado o domicilio de especial relevancia.

En cuanto al control de la medida, es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos que debe cumplir el control judicial de la intervención de las comunicaciones en función de los resultados que se vayan obteniendo. La práctica normal nos conduce a un escenario en el que la solicitud inicial siempre va seguida de varias prórrogas, a veces prolongadas

durante tanto tiempo, que acaba por difuminarse el objetivo inicial de la investigación. De ahí el límite temporal general de dieciocho meses que se introduce con la LO 13/2015.

En lo referente al control de la medida de grabación de conversaciones orales se regula en el art. 588 quarter d, «en cumplimiento de los dispuesto en el artículo 588 bis g, la Policía Judicial pondrá a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés.

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

Al igual que la previsión del art. 588 bis g), somete expresamente al juez de instrucción autorizante el control de la medida de interceptación, que deberá producirse en el tiempo y forma en que se haya autorizado en el auto correspondiente y que deberá contener además, el resultado o avance de la investigación para justificar, en su caso, la adopción de una prórroga. Una vez más y para el caso concreto de que la autorización sea para «un encuentro concreto», la propia naturaleza de la concesión, obliga al cese de la misma una vez se haya producido, con la debida cuenta al juez instructor del resultado obtenido.

En cuanto a la forma en que se deberá dar la debida cuenta, como indica el artículo, se deberán aportar en soporte original o copia electrónica las grabaciones íntegras que se hayan efectuado, incluyendo la captación de imágenes cuando se haya autorizado expresamente, debiendo presentarse el correspondiente atestado policial con el contenido transcrito de las conversaciones o al menos de los pasajes más relevantes de las conversaciones, ya que no se prevé expresamente la transcripción íntegra de las mismas. Una vez más, el legislador adecua la Ley a las previsiones que hasta el momento exigía la jurisprudencia del Tribunal Supremo para su validez.

Si en el auto en el que se acordó la medida se estableció el plazo para aportar los soportes en los que se contengan las grabaciones, la unidad policial encargada de la ejecución deberá atenerse al mismo, a pesar de que el legislador no ha previsto un plazo concreto para su ejecución. Si por el

contrario no se hubiera previsto el momento de puesta a disposición de la autoridad de los resultados obtenidos, deberá efectuarse en el plazo prudencial y razonable para la confección del correspondiente atestado o informe y grabación de los soportes que contengan las grabaciones.

El último párrafo del artículo 588 quarter d), añade que en el informe se deberá identificar a los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida. Esta garantía extra, si bien no aporta datos relevantes a los hechos investigados, parece ir encaminada a la identificación de los agentes actuantes y su posible declaración en el plenario, lugar donde deben exponerse las pruebas de cargo, en caso de surgir cualquier tipo de controversia, además de la posibilidad que brinda la jurisprudencia en cuanto a una de las formas de validar en juicio las transcripciones incluidas en los atestados policiales a través de la ratificación de las mismas por parte de los agentes actuantes, junto a la audición directa de las grabaciones o su adveración por los Letrados de la Administración de Justicia (antes Secretarios Judiciales) como ejercientes de la fe pública judicial, como los tres medios de presentarse el resultado de una intervención telefónica o de telecomunicaciones al momento del Juicio Oral.

Otro presupuesto procesal atinente a las grabaciones orales es el general de tramitación en pieza separada y secreta del artículo 588 bis d). Como ya dijimos, no será necesaria la declaración expresa del secreto de las actuaciones y el secreto no afectará al Ministerio Fiscal, que tendrá conocimiento tanto de la solicitud como de las resoluciones en que se acuerde la medida, secreto que finalizará al momento de la conclusión del sumario en el que las partes podrán acceder a todo el contenido de la pieza, los informes policiales y soportes físicos de las grabaciones.

5.5 Cese de la medida y destrucción de los registros.

El cese de la medida de grabación de conversaciones orales lo encontramos en el art. 588 quarter e): «cesada la medida por alguna de las causas previstas en el artículo 588 bis j, la grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes de tales momentos exigirán una nueva autorización judicial».

Se remite literalmente a las causas generales del art. 588 bis j), si bien conviene hacer determinadas consideraciones específicas cuando se trate de grabación de conversaciones orales a que se refiere este capítulo. Así, cuando se trate de una autorización para un encuentro o encuentros concretos, cesará la medida cuando finalicen estos encuentros y será necesaria una nueva autorización para la grabación de conversaciones que puedan tener lugar posteriormente.

El cese del procedimiento plantea la cuestión de la destrucción de los registros que contienen las grabaciones de las conversaciones intervenidas, previsión general que contiene el art. 588 bis k), que afecta también a las contenidas en ese capítulo. Así, firme que sea la resolución por la que se concluye el procedimiento judicial, se procederá al borrado de los registros originales. Al contrario de cuando se trata de intervención de comunicaciones telefónicas o telemáticas, las conversaciones orales, en principio, no estarán en un ordenador central del cuerpo policial actuante ni en uno de los proveedores de servicios de telefonía, ya que se tratará de artificios de grabación diseñados concretamente para un entorno distinto, cuya información se extraerá directamente por los funcionarios policiales del cuerpo autorizado para la realización de la grabación y por sus propios medios. Por tanto, acordada en la propia resolución que ponga fin al procedimiento judicial la destrucción de los soportes que contengan los registros originales, quedará copia en Secretaría del Juzgado, bajo custodia del Letrado de la Administración de Justicia que esté al frente del mismo, que se conservará durante cinco años a contar desde la firmeza de la resolución de archivo por ejecución de la pena, sobreseimiento o absolución en sentencia, siempre que el tribunal no estime expresamente como necesaria su conservación.

6. COMUNICACIONES ENTRE ABOGADOS Y CLIENTES. EL NUEVO ART. 118 L.E.Crim.

Como ya se adelantó en la introducción, uno de los objetivos de la reforma de la L.E.Crim., como así se indica en la exposición de motivos, es transponer en el ordenamiento interno la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de

detención europea.

Se modifica dentro de este nuevo título V el artículo 118 LECrim, estableciendo un extenso catálogo de derechos para aquellas personas incurso en una investigación judicial, además de la forma y limitaciones dentro de los cuales debe discurrir el ejercicio de esos derechos. En lo que respecta al derecho al secreto de las comunicaciones, destaca el apartado cuatro donde establece que «4. Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial.

Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.

Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria».

La remisión normativa que hace el nuevo artículo 118 L.E.Crim, nos conduce al art. 51 de la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre General Penitenciaria (LOGP), que en lo referente a las comunicaciones de los internos penitenciarios con sus abogados defensores, establece e su apartado 2 que «las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo». Como argumenta RODRÍGUEZ RAMOS, la regla general, hay que situarla en que toda conversación entre un interno penitenciario y su abogado, por derecho, ha de ser privada, sin que pueda ser escuchada o intervenida por ningún funcionario o persona, salvo que medie autorización judicial ¹⁶⁴. Como nos recuerda PAZ RUBIO, los internos

¹⁶⁴RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «El secreto de las comunicaciones del preso con el abogado», *Revista Otrosí*, Colegio Abogados de Madrid, febrero, 1993, pág. 4.

penitenciarios gozan de todos los derechos fundamentales proclamados en el Capítulo II, Título I de la CE, salvo los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio y los implícitos en la ley penitenciaria¹⁶⁵.

El propio Tribunal Constitucional ha abordado los límites de este art. 51 LOGP, pudiendo destacar las Sentencias STC 73/1983¹⁶⁶ y STC 183/1994¹⁶⁷, en la que clasifica los tipos de comunicación entre abogados e internos penitenciarios y los distintos regímenes de protección, en función de las personas con las que el mismo se comunique. Así, la comunicación de los internos con otras personas, con carácter general, están sometidas en su control y vigilancia al régimen penitenciario, mientras que aquellas que se mantengan con su abogado defensor, deben ser sometidas al control judicial mediante la oportuna resolución judicial que autorice dicha intromisión, por afectar tanto al secreto de las comunicaciones, como al derecho de defensa del interno y que queda por tanto, fuera de la esfera penitenciaria.

También el Tribunal Supremo se expresa en los mismos términos en su STS 538/1997¹⁶⁸, en la que proscribe la posibilidad de intervención de

¹⁶⁵PAZ RUBIO, J.M^a. Y OTROS.: *La prueba en el proceso penal: su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999, pág. 214.

¹⁶⁶STC 73/1983, de 30 de julio.

¹⁶⁷STC 183/1984, de 20 de junio. BOE n.º 177 de 26 julio 1994. que señala en el fundamento jurídico 5, «el art. 51 de la L.O.G.P., distingue entre las comunicaciones, que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas -art. 51.1- y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del art. 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas «por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento», según precisa el art. 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario». Por tanto, este carácter de régimen singular, que para las comunicaciones con el Letrado establece el art. 51.2, se prolonga más allá de la Ley, manteniéndose con toda claridad en su Reglamento de 8 de mayo de 1981, en el que las comunicaciones orales con el Abogado se regulan en Sección distinta de la dedicada a las comunicaciones del régimen general y en el que, al tratar de las comunicaciones escritas, con el Abogado, el art. 18.4 ordena de forma explícita que «no tendrán otras limitaciones que las establecidas en el punto 2 del art. 51 de la Ley General Penitenciaria».

¹⁶⁸La STS 538/1997, de 23 abril 1997, en su fundamento jurídico Séptimo señala que, «(...) ahora bien las razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, que pueden justificar estas limitaciones, no son aplicables a las comunicaciones incardinadas en el ejercicio del derecho de defensa del interno (art. 24 CE), derecho que no se ve legalmente limitado

comunicaciones acordadas en el ámbito penitenciario justificadas en la legislación penitenciaria, por entender que las comunicaciones entre abogados y clientes internos en centros penitenciarios, afecta a su derecho legítimo de defensa y debe exigirse una protección reforzada del derecho al secreto de sus comunicaciones. En estos términos se pronuncia la profesora LÓPEZ YAGÜES, llegando a afirmar que la comunicación entre imputado-defensor ha de celebrarse sin sujeción a control o vigilancia alguna¹⁶⁹ por formar parte del núcleo central del elemental derecho de defensa, proscribiendo los efectos probatorios que puedan obtenerse de esta intervención.

El derecho de defensa implica necesariamente, para un correcto ejercicio, la comunicación entre el investigado y su abogado defensor, a fin de que pueda transmitirle los hechos necesarios para plantear la mejor de las estrategias en defensa de sus intereses y el asesoramiento sobre la mejor manera de hacerlo. El contenido de esta conversación puede ser amplísimo y abarcar distintos aspectos, cuyo conocimiento por parte de terceros merece especial protección. No solo está en juego el derecho a la intimidad y comunicación entre dos personas, también se introduce en este ámbito el derecho de defensa que corresponde a toda persona investigada por un delito y el de la tutela judicial efectiva. Dentro de la comunicación entre el abogado y el cliente investigado

por su privación de libertad, y que debe ser especialmente tutelado, garantizando la igualdad real y efectiva de posibilidades de defensa de los acusados en un proceso penal, tanto a quienes la ejercitan desde la libertad como a quienes tienen que ejercerla desde la prisión (art. 9.2 Constitución Española).

En consecuencia la posibilidad de intervención administrativa de las comunicaciones prevenida por el art. 51.5º de la L.O.G.P. no es aplicable a las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con los asuntos penales y con los Procuradores que los representen (art. 51.2º L.O.G.P , S.T.C. 20-VI-94 y S.T.S. 6-III-95 (...)).

¹⁶⁹Como señala LÓPEZ YAGÜES, V.: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho de defensa*. Tesis doctoral de la Universidad de Alicante 2001. pag. 536, «la restricción que se opera sobre la doble manifestación del derecho de defensa, impidiendo la libre designación del Abogado y la posterior comunicación con el mismo de forma reservada, supone ignorar la más básica de las garantías inherentes a la condición de imputado, cual es la posibilidad de ejercitar, de forma inmediata y plena, el elemental derecho defensa.

Este desconocimiento, o lo que es lo mismo, la lesión del más elemental de los derechos procesales que parece de este modo institucionalizarse, merece todo rechazo; la aplicación de la medida y sus efectos de manera automática ha de ser procesalmente sancionada con la ineficacia de toda diligencia procesal celebrada en esas condiciones, a partir de la nulidad de lo practicado y de todo cuanto de ello proceda».

necesariamente se hablará de los hechos y de la participación del cliente en los mismos. Es posible que incluso reconozca el todo o la parte de culpa que le pueda corresponder y por ello, el acceso de terceras personas a esa conversación, aún con autorización judicial, parece sobrepasar el límite del derecho protegido constitucionalmente a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable de los hechos (art. 24.2 CE), para el caso de incorporarse a un procedimiento judicial como material probatorio suficiente para formular acusación¹⁷⁰.

Ahondando aun más, las comunicaciones telefónicas de los abogados, no incluyen solo las mantenidas con un cliente concreto, sino que abarcan un abanico más amplio que incluye otros clientes cuyos derechos podrían verse cercenados en una doble vertiente de protección de sus comunicaciones y del derecho de defensa que puede quedar afectado, como hemos indicado anteriormente. En este sentido, comparto con algunos autores como LÓPEZ YAGÜES¹⁷¹, que esta intervención de comunicaciones debe estar reforzada e incluir, los teléfonos concretos de las personas que se quieren investigar, excluyendo otras comunicaciones ajenas.

No podemos olvidar que el Derecho europeo forma parte directa de nuestro Derecho nacional. Por ello, cualquier norma dictada en España, necesariamente debe estar en consonancia con la legislación europea, incluida su jurisprudencia, pues de otro modo, el recorrido de nuestras leyes acaba

¹⁷⁰LÓPEZ YAGÜES, V.: «*La inviolabilidad de las comunicaciones ...op. cit.*», pág. 409, hace referencia a esta cuestión diciendo que «esto último, inevitablemente, entrañaría un durísimo golpe a la efectividad de la elemental garantía de asistencia y defensa técnica, y de la más amplia garantía de defensa consagrada en el art. 24.2º CE y defrauda toda aspiración constitucional de realización de la Justicia Penal».

¹⁷¹LÓPEZ YAGÜES, V.: op. cit., «*La inviolabilidad de las comunicaciones ...*», pág. 410, donde dice que «resulta una obviedad que, por la propia naturaleza del acto mismo de comunicar, la injerencia en su desarrollo afecta cuanto menos a una dualidad de sujetos, y en consecuencia, a personas distintas del imputado y, por lo que aquí interesa, al sujeto que ejercita en su nombre la defensa; y, es igualmente evidente que el control o intervención de las comunicaciones, en especial las telefónicas, opera de forma continuada sobre el total de llamadas que, bien partan, bien se reciban en un determinado aparato cuya titularidad, además, puede no corresponder con la del principal sujeto pasivo de la orden de intervención; de ahí que la resolución judicial en que la intervención se decida pueda no contener la referencia a una persona concreta, sino expresar un determinado número telefónico al que acompañe la indicación del sujeto que figure como titular de la línea»

siendo muy corto. Así, la reforma de este artículo 118 de la LECrim, viene a ratificar las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que en lo atinente al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, ha dictado sentencia de 3 de febrero de 2015 en el caso Pruteano contra Rumanía, en el que un abogado de esa nacionalidad recurre por considerar que la grabación de las conversaciones telefónicas mantenidas con su cliente, vulneran el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), resolviendo el alto Tribunal a su favor por entender que la interceptación de las comunicaciones entre abogado y cliente afectan al derecho de defensa de todo investigado y a su confidencialidad, que considera la base de la relación de confianza entre ambos para un correcto ejercicio del derecho de defensa. Plantea la sentencia referida, la necesidad de los Estados de examinar la pertinencia, además de controlar que la adopción de cualquier medida restrictiva de las comunicaciones entre abogados y clientes, se circunscribe a lo estrictamente necesario, conforme a los valores de una sociedad democrática, considerando que dicha interferencia es contraria a la legislación europea. Recuerda además, que se vulnera el art 8 del CEDH, que en su apartado 2 acota el derecho a la vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia, diciendo 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 (...)». Esta exigencia que impone el art 8.2 del CEDH, de que la injerencia debe estar prevista por la ley, después de la interpretación que hace el TEDH, obligaba a los Estados a la protección del derecho a las comunicaciones entre abogado y cliente en los términos en que se ha modificado el art. 118, remarcando la confidencialidad de dichas comunicaciones y el derecho a su destrucción.

También el derecho del acusado a comunicarse con su abogado defensor, ha tenido su acogida en el art. 93 de las Reglas Mínimas para el trato de los detenidos, anexas a la resolución (73) 5 del Comité de Ministros, que dispone que:

«Un inculpado debe, desde el momento de su encarcelamiento, poder

elegir a su abogado o ser autorizado a solicitar que sea designado uno de oficio, cuando esta asistencia está prevista, y a recibir visitas de su abogado con vistas a su defensa. Debe poder preparar y suministrar a éste instrucciones confidenciales, y poder recibirlas de él. Si lo solicita deben concedérsele todas las facilidades para este fin. Debe poder recibir la asistencia gratuita de un intérprete en sus relaciones esenciales con la administración y con la defensa. Las entrevistas entre el inculcado y su abogado pueden hacerse al alcance de la vista pero no del oído, de manera directa o indirecta, de un funcionario de la policía o del establecimiento»

En el mismo sentido se expresa Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, (adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros), en el que en el apartado 23.4 de su anexo señala que: «4. Las consultas y otras comunicaciones, incluida la correspondencia, sobre temas legales, entre el interno y su abogado, deben ser confidenciales. 5. Una Autoridad Judicial puede, en circunstancias excepcionales, autorizar la derogación del principio de confidencialidad, con el propósito de evitar la comisión de un delito grave o un atentado contra la seguridad de la prisión».

En resumen, en lo que se refiere al nuevo artículo 118 LECrim, en cuanto al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, podemos decir que se introduce un cambio significativo, ya que hasta este momento, las comunicaciones entre abogado e interno penitenciario no podían ser intervenidas más que en el transcurso de la investigación de un delito de terrorismo y con la pertinente resolución judicial autorizante. A partir de ahora, se amplía el abanico de casos en que pueden ser intervenidas estas comunicaciones, a todos aquellos casos en los que se constate «la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal». Sin duda, esta ampliación de supuestos de intervención, se corresponde con el aumento de los últimos años de casos en los que se ha constatado, o al menos así se ha dejado entrever en casos significativos de personas vinculadas a la vida pública, de abogados directamente relacionados, e incluso investigados, por asuntos relativos a entramados financieros contruidos para la evasión de capitales o impago de

impuestos a la Hacienda Pública, que han suscitado una alarma social que ha precipitado al legislador a acometer la reforma del Código Penal, con el endurecimiento de penas para este tipo de delitos y la consiguiente modificación del art. 118 L.E.Crim, para facilitar su investigación.

6.1 La STS 79/2012, de 9 de febrero, relativa al llamado «Caso Garzón».

De particular interés en lo referente a las comunicaciones entre internos penitenciarios con sus abogados defensores es la STS 79/2012¹⁷², conocida como la sentencia del “caso Garzón”, en la que el Magistrado instructor de la Audiencia Nacional D. Baltasar Garzón fue enjuiciado y condenado por un delito de prevaricación judicial en el seno de un procedimiento instado por querrela interpuesta por el Abogado D. Ignacio Peláez.

El Magistrado, en el transcurso de una instrucción judicial, dictó resolución en la que ordenó «la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, y con carácter especial, las que mantengan con el letrado (...), previniendo el derecho de defensa». Justificó esta injerencia en el derecho a las comunicaciones del interno penitenciario por remisión al art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la cual dispone, que la intervención de las comunicaciones de los internos con el abogado defensor solo puede ser suspendida por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo. Los propios agentes autorizados para la intervención, solicitaron aclaración respecto a si estaban incluidas en la intervención acordada, las conversaciones que mantuviera el interno con los letrados y si además, debían ser grabadas y que en todo caso, se aclarase el significado y alcance de la expresión «previniendo el derecho de defensa», a lo que se contestó ordenando la intervención, grabación y transcripción de todas las conversaciones que mantuviera el interno sin exclusión alguna, para presentarlas después al Juzgado instructor que se encargaría de su valoración.

El auto autorizante, no incluía detalle de la identidad de los abogados que pudieran ser sospechosos de desarrollar una actividad delictiva en connivencia

¹⁷²STS 79/2012, de 9 de febrero.

con los internos, ni por si mismos en atención a su condición de abogados. Ni en este auto inicial, ni en los posteriores de prórroga de intervención que se dictaron, se incluyó ninguna referencia concreta encaminada a la salvaguarda del derecho de defensa del interno penitenciario. Además, el Ministerio Fiscal, interesó explícitamente que se excluyeran de la causa todas aquellas comunicaciones que se refirieran exclusivamente al ejercicio del derecho de defensa de aquellos.

La prueba practicada durante el proceso centró el debate, no en el contenido de las grabaciones obtenidas por la policía y si el mismo afectaba o no al derecho de defensa del interno, sino en el hecho de si estaba justificada la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones entre los internos y sus letrados y si esta resolución estaba amparada por la Ley y se había adoptado o no, a sabiendas de que la misma vulneraba sin ningún género de dudas el derecho de defensa. La propia Sala señala que «no puede admitirse que una resolución sea justa solo porque el juez que la dicta, sin referencia alguna a criterios objetivos, así la considere».

La ley y la interpretación de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, permiten al juez autorizar intervenciones de comunicaciones de internos penitenciarios con sus abogados defensores, pero la resolución debe ser proporcional y motivada. Por tanto, deben existir indicios de que la condición de abogado y el ejercicio de defensa del interno, están directamente relacionados con la comisión de un nuevo delito, que además y exclusivamente, debe estar tipificado como de terrorismo. No se intervinieron solo las comunicaciones de los internos, sino que también se intervinieron las de los abogados que comunicaron con ellos y que no estaban siendo investigados, por lo que cabía anularlas por haberse adoptado prescindiendo de los ineludibles requisitos de proporcionalidad y motivación suficiente. En este caso, se ha vulnerado el derecho de defensa de los internos, sin que sea suficiente la salvaguarda hecha en la resolución de que se llevara a efecto “previniendo el derecho de defensa”, que resultó finalmente una prevención sin un contenido efectivo, ya que inicialmente se grabaron absolutamente todas las conversaciones sin distinción de aquellas que hacían referencia exclusivamente a la estrategia de defensa del interno, por lo que se obtuvieron con vulneración de su derecho fundamental.

Según la sentencia comentada, el Magistrado interpretó la ley de manera arbitraria, carente de razón, abstrayéndose de cualquier interpretación razonable de la ley y de la jurisprudencia reiterada y clara tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, por lo que se adoptó a sabiendas de su injusticia. Esta afirmación, desde luego, puede ser analizada con más detalle, ya que como bien afirma el profesor Asencio Mellado, el Tribunal Supremo no entra a considerar otras posibles interpretaciones que pueden obtenerse aplicando lo dispuesto en el art. 3 del Código Civil y que abren la posibilidad de aplicar la jurisprudencia europea dictada en sentido contrario aplicada a los casos de corrupción. No basa el Tribunal la condena en una interpretación errónea de la ley, sino más bien, en una vulneración de una corriente determinada de la jurisprudencia. «Ni una sola norma permite elevar la jurisprudencia a esta categoría, ni siquiera el artículo 5 LOPJ (LA LEY 1694/1985), que se limita a establecer la supremacía jerárquica de la Constitución y el deber de interpretar sus normas con arreglo a la doctrina elaborada pro el TC»¹⁷³.

Por otra parte, a lo largo de la extensa fundamentación jurídica de la comentada sentencia, se analizan tanto la posibilidad justificada de la intervención de las comunicaciones de los internos en su vertiente material, como el aspecto subjetivo de dicha intervención, analizando los presupuestos que deben cumplirse para poder adoptar la media restrictiva en contraposición con el derecho a defensa que le asiste por mandato constitucional. En el fundamento jurídico octavo ¹⁷⁴ pone de manifiesto la legitimación directa

¹⁷³ASENCIO MELLADO, J.M.: Catedrático Derecho Procesal Universidad Alicante. «La STS 79/2012, de 9 de febrero. Garzón y una prevaricación inexistente». LA LEY 4473/2012, pag. 7, en la que señala que «en definitiva, no hay base alguna para equiparar ley y jurisprudencia y, por tanto, para hacer desprender una consecuencia delictiva como la prevaricación del apartamiento de una determinada, aunque se constante y uniforme doctrina jurisprudencial (...), el TS estima que la prevaricación dimana de una actuación sin ley habilitante al efecto dado el tenor literal del artículo 51.2 LOGP y la interpretación jurisprudencial, no uniforme, ni pacífica en el tiempo, de la conjunción «y» a la que atribuye el carácter de acumulativa. Así, considera que la prevaricación surge de una interpretación irracional, ajena a cualquier método ordinario de interpretación, conscientemente conocido su apartamiento de la ley, porque conforme al precepto citado solo es posible acordar intervenciones en las comunicaciones entre imputados privados de libertad y letrados en los casos de terrorismo, nunca ante otros delitos».

¹⁷⁴Dispone el FJ octavo de la citada sentencia que «el artículo 25.2 de la constitución dispone que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos

amparada por la Constitución, para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones de los internos por aplicación del art. 51.2 LOGP, amparado exclusivamente para la investigación de delitos de terrorismo, ya que para cualquier otra investigación, sería necesaria una reforma legal que contenga una habilitación de calidad suficiente para intervenir las comunicaciones entre internos y letrados defensores, estableciendo los casos y las circunstancias en que tal intervención sería posible y sus consecuencias. Igualmente, esta afirmación también puede modularse ya que el ordenamiento europeo y la jurisprudencia emanada de sus tribunales, forman parte del español y en este sentido, podemos afirmar que la sentencia se aparta tanto de la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo¹⁷⁵, que ampara estas intervenciones en los llamados casos de blanqueo de capitales, además de los de terrorismo, e igualmente se aparta la interpretación hecha por el Tribunal Supremo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 26 de junio de 2007, en la que asimismo avala la intervención de comunicaciones de los Abogados implicados en

fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Disposición aplicable a los presos preventivos en tanto que internos en un centro penitenciario (STS 141/1999, FJ6).

Por ello, el art. 51.2 de la LOGP presenta una legitimación directa, si puede decirse así, desde la CE, para regular las posibles limitaciones al derecho a la asistencia letrada de los internos en prisión preventiva, concretamente en lo que se refiere a sus comunicaciones personales con sus letrados defensores, de manera que las únicas restricciones admisibles a ese derecho son las que se contienen en la ley penitenciaria. En la legislación española, es el único precepto que se refiere a las posibles limitaciones a la confidencialidad de las comunicaciones de los presos preventivos con sus letrados (...).».

¹⁷⁵Directiva que en su vigésimo considerando afirma que «cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico —como los abogados— estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la presente Directiva, la obligación de informar de sospechas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Deben existir dispensas a la obligación de comunicación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Así pues, el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo ».

casos de blanqueo de capitales¹⁷⁶, relevándoles de la obligación del secreto profesional que debe integrar cualquier conversación entre abogado y cliente, permitiendo, o más bien imponiendo, la obligación de informar a las autoridades policiales.

Otro de los aspectos que analiza la sentencia en su fundamentación se refiere a los métodos de interpretación del derecho, que puedan justificar la adopción de una medida restrictiva del derecho fundamental al derecho de las comunicaciones de los internos penitenciarios¹⁷⁷ y su contraposición con el ejercicio del derecho de defensa del acusado, que debe ser salvaguardado de decisiones adoptadas de forma arbitraria, por no justificarse ni siquiera mínimamente los argumentos que han conducido al Magistrado a la adopción

¹⁷⁶En esta sentencia el Tribunal Europeo viene a afirmar que el secreto de las comunicaciones decae «cuando el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo».

¹⁷⁷En el FJ duodécimo, analiza la sentencia de referencia este aspecto diciendo « Ninguno de los métodos de interpretación del derecho usualmente admitidos que hubiera podido seguir el acusado respecto de estos preceptos, le habría conducido a concluir de forma razonada que es posible restringir sustancialmente el derecho de defensa, con los devastadores efectos que ocasiona en el núcleo de la estructura del proceso penal, en las condiciones en que lo hizo. Es decir, mediante la escucha y grabación de las comunicaciones reservadas que mantuvieran los imputados con sus letrados defensores en los locutorios específicos del centro penitenciario donde se encontraban en prisión provisional, y sin disponer de ningún dato que pudiera indicar mínimamente, en una valoración razonable, que la condición de letrado y el ejercicio del derecho de defensa se estaban utilizando como coartada para facilitar la comisión de nuevos delitos. No se trata pues, de una interpretación errónea de la ley, sino de un acto arbitrario, por carente de razón, que desmantela la configuración constitucional del proceso penal como un proceso justo.

En la conducta del acusado, pues, la injusticia consistió en acoger una interpretación de la ley según la cual podía intervenir las comunicaciones entre el imputado preso y su letrado defensor basándose solamente en la existencia de indicios respecto a la actividad criminal del primero, sin considerar necesario que tales indicios afectaran a los letrados.

Lo cual resulta inasumible desde cualquier interpretación razonable del Derecho (...).

de la medida¹⁷⁸. Siguiendo la opinión del profesor Asencio¹⁷⁹, la vulneración del derecho de defensa del investigado en prisión debe estar propiciado por un acto que le genere indefensión, que en este caso debería ser analizada bajo la perspectiva de los arts. 238.3º, 239 y 240 LOPJ, para llegar a encuadrar esta indefensión en un acto anulable, que no afectaría al resto del proceso al ser subsanable o afectado por una nulidad absoluta, en cuyo caso deberían analizarse los actos derivados de dicha prueba que quedaría fuera del proceso.

7 COMUNICACIONES CON AGENTE ENCUBIERTO. AMPLIACIÓN DEL ART. 282 BIS.

7.1 El agente encubierto.

Siguiendo la definición de GÓMEZ DE LIAÑO, la infiltración de los

¹⁷⁸En el mismo FJ duodécimo analiza el comportamiento arbitrario del Magistrado al momento de la adopción de la medida restrictiva del derecho, diciendo «(...) En el caso, el acusado causó con su resolución una drástica e injustificada redicción del derecho de defensa y demás derechos afectados anejos al mismo (...).

La resolución es injusta, pues en tanto que arbitrariamente restringe sustancialmente el derecho de defensa de los imputados en prisión, sin razón alguna que pudiera resultar mínimamente aceptable.

Además, y como elementos añadidos, esa aplicación de la ley al caso se efectuó separándose absolutamente de la doctrina del Tribunal constitucional (art. 5.1 de la LOPJ) y de esta Sala del Tribunal Supremo, antes expuesta, que, estableciendo los límites del derecho fundamental de defensa, rechazan expresamente la interpretación acogida por el acusado, y sin que su opción interpretativa viniera acompañada de un mínimo razonamiento explicativo de las razones que la sustentaban, con lo que valorada en su integridad, se revelaba, a ojos de cualquiera, como un acto de mero voluntarismo que, por su contenido, se alejaba de modo arbitrario y absoluto de la aplicación razonada del Derecho causando un daño totalmente injustificado y difícilmente reparable en los derechos de defensa de los imputados y, en su medida, en los derechos de los letrados afectados, especialmente el derecho-deber al secreto profesional como esencial para una correcta defensa».

¹⁷⁹ASENCIO MELLADO, J.M.: op. cit. «La STS 79/2012, de 9 de febrero...», pag. 20, en la que dice al respecto que «la vulneración del derecho de defensa, por tanto, tiene su encaje en el art. 238.3º LOPJ (LA LEY 1694/1985) y en el artículo 240.1 de la misma norma, siempre que los actos vilatorios del derecho impliquen indefensión, sin que en ninguno de estos casos la LOPJ (LA LEY 1694/1985) prevea una nulidad absoluta, sino una simple anulabilidad sujeta al cumplimiento de las condiciones establecidas en la norma. Conforme a lo previsto en el artículo 239 (LA LEY 1694/1985), 2 LOPJ la nulidad implicará la de los actos relacionados con el anulado o influidos sustancialmente por este, no la totalidad del proceso o de los actos independientes, lo que exige indefectiblemente un análisis previo de la efectiva indefensión producida, requisito para hacer valer la nulidad y de los efectos producidos en los actos derivados».

agentes encubiertos, consiste en la ocultación de su verdadera identidad policial, con el fin de establecer una relación de confianza que permita integrarse al agente en la organización criminal con la finalidad oculta de obtener la información apta que desvirtúe la presunción de inocencia del investigado¹⁸⁰. Esta infiltración debe estar autorizada judicialmente y mediando una sospecha fundamentada y necesaria para los fines de la investigación¹⁸¹.

La figura del agente encubierto no es ajena a nuestro Derecho. Su aparición en nuestro ordenamiento, data de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en materia de «perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves», que crea un art. 282 bis en el Título III del Libro II relativo a la Policía Judicial dentro de la regulación del Sumario. Posteriormente, sobre el apartado número 4 incidió la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de diciembre.

La LO 13/2015 de modificación de la LECrim, revisa la figura del agente encubierto en el art. 282 bis, apartados 6 y 7, autorizando la intervención de las comunicaciones de agentes de la Policía Judicial que actúen bajo identidad supuesta para esclarecer alguno de los delitos del apartado 4 del mismo artículo o del art 588 ter a).

Desde su creación, se ha convertido en un instrumento particularmente eficaz en la investigación policial en materias particularmente complicadas, como la lucha contra el crimen organizado y contra las organizaciones terroristas, en las que introducir a un agente en la organización, coloca a los cuerpos policiales en una posición estratégica privilegiada para adoptar las decisiones más eficaces en el desarrollo de sus investigaciones. Además la nueva regulación introducida por la modificación de la LECrim ha supuesto un avance en la lucha contra determinados delitos de particular importancia,

¹⁸⁰ GÓMEZ DE LIAÑO, M.: «Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos». *Diario La Ley*, n.º 6142, 2004, pág. 2.

¹⁸¹ NIEVA FENOLL, J.: *Jurisdicción y proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 390.

especialmente cuando se canalizan a través de las redes sociales o internet.¹⁸²

7.2 El agente encubierto informático.

La evolución de la sociedad, inevitablemente, conlleva la aparición de nuevas formas de delincuencia y en los tiempos actuales, en los que el desarrollo tecnológico y de las redes de comunicación han experimentado un avance vertiginoso, la propia sociedad parece reclamar mecanismos para luchar contra delitos que han experimentado un gran aumento en comparación con tiempos pasados. Nos referimos a aquellos en los que el uso de internet ha permitido desvelar la publicidad de determinados delitos que preocupan y mucho, a la población en general, como son los relacionados con la pornografía infantil, abuso de menores y estafas a gran escala. En estos casos, el intercambio de archivos, que contienen pruebas de la perpetración de delitos considerados graves, genera la incertidumbre de cómo poder obtenerlos de manera que no se vulneren los derechos de los afectados y puedan ser utilizados para la construcción de una acusación formal. En esta faceta es en la que el agente encubierto informático está llamado a ser una herramienta imprescindible en la lucha contra este tipo de conductas delictivas, incardinándose en una especialidad de la figura básica del agente encubierto, debiendo aplicarle por tanto, toda la regulación y jurisprudencia atinente al mismo¹⁸³

¹⁸²RIZO GÓMEZ, B.: La infiltración policial en internet. A propósito de la Regulación del Agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Dentro de Justicia Penal y nuevas formas de delincuencia, Director ASECIO MELLADO, J.M., Coordinadora FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: Tirant lo Blanch, 2016, pag. 99, refiriéndose esta figura dice al respecto que «se trata, como se ha puesto de manifiesto de una nueva medida de investigación tecnológica frente a la proliferación de delitos cometidos a través de internet. El Estado no puede quedar impasible en este ámbito, por cuanto ello puede conllevar la impunidad de estas conductas delictivas y el fracaso del Estado de Derecho en la lucha contra la delincuencia y el mantenimiento de la paz social.

A este respecto, interesa poner de manifiesto que constituye una técnica de investigación extraordinaria, habida cuenta de que únicamente opera cuando los medios tradicionales de investigación resultan insuficientes».

¹⁸³Así lo entiende también el profesor GONZÁLEZ GARCÍA, S.; «El agente encubierto informático a examen: un análisis de su regulación y de la validez de su actividad investigadora y probatoria en el proceso penal», *La Ley Penal*, n.º 139, Wolters Kluwer, Julio-Agosto 2019, pag. 11.

La obtención de estos archivos, que pueden contener pruebas incriminatorias de delitos de particular gravedad, dependerá del canal o medio de intercambio de los mismos, así cuando el intercambio se efectúe mediante programas P2P (*peer to peer*), en los que los usuarios exponen públicamente determinados archivos para su intercambio con otros usuarios, los agentes investigadores no necesitan de una especial autorización para obtener el acceso a la IP (*internet protocol*) del usuario informático, que intercambia esos archivos y que servirían para justificar una investigación. Pero también nos podemos encontrar con aquellos casos en que el grupo, en el que se están intercambiando estos archivos con contenido que pueda resultar incriminatorio respecto a la comisión de hechos delictivos, es un grupo cerrado, en el que el acceso no es público, sino que solo se puede acceder cuando el administrador de ese grupo te autoriza. Estos grupos, en los que el anonimato de sus integrantes sirve de acicate para fomentar la actividad delictiva de sus miembros, entraña una mayor dificultad para la investigación policial, entre otras cosas, por dotarse de una mayor seguridad informática y recelo respecto a nuevos solicitantes de ingreso. Estos son los casos en los que el agente encubierto informático se convierte en una herramienta idónea de investigación. Pero para su admisión, será necesario el intercambio de archivos, pongamos el caso, de contenido pornográfico, en el que aparezcan menores de edad, requisito sin el cual no será admitido y no avanzaría la investigación.

Una de las repuestas que el legislador ha adoptado para la lucha contra este tipo de delitos en la introducción de dos nuevos apartados en el artículo 282 bis, que establecen: «6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de

las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio».

Como se remarca en la exposición de motivos de la reforma de la LO 13/15, «de una parte se prevé la posibilidad de que los agentes encubiertos puedan obtener imágenes y grabar conversaciones, siempre que recaben específicamente una autorización judicial para ello. De otra, se regula la figura del agente encubierto informático, que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación (puesto que en los canales abiertos, por su propia naturaleza, no es necesaria) y que a su vez, requerirá una autorización especial (sea en la misma resolución judicial, con motivación separada y suficiente, sea en otra distinta) para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación».

Existe controversia en torno a si la actuación del agente encubierto y de su posible provocación del delito investigado, que se abordó en la STS 767/2007¹⁸⁴, donde se hace una distinción entre estas figuras y de donde podemos extraer que, en aquéllos casos en que el agente infiltrado participa de todo el proceso del *iter criminis*, desde la concepción del plan criminal hasta su resolución, estamos ante la figura del agente provocador, a diferencia de cuando únicamente participa de un proceso delictivo que está en marcha e ideado por los investigados, teniendo una participación adyacente en todo el proceso delictivo. Esto es lo verdaderamente relevante para discernir entre una conducta adecuada por los agentes de policía y el delito provocado. La actividad policial debe ser meramente investigadora de un *animus* delictivo previo apreciado en las personas investigadas, revelado por otros medios y que avala una actuación de investigación sin incitar expresamente a cometer actos manifiestos y claros que puedan ser constitutivos de delito.

¹⁸⁴STS 767/2007, de 3 octubre 2007, donde señala que «como conclusión a lo que acabamos de decir, es obvio que no puede confundirse el agente encubierto con el agente provocador. Para que exista delito provocado es exigible, como tiene reiteradamente dicho esta Sala, que la provocación (realmente una forma de instigación o inducción) parta del agente provocador, de tal suerte que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, sugiriendo así en el sujeto todo el *iter criminis*, desde la fase de ideación y deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal que nace ya viciada».

En lo que se refiere a la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, la introducción del agente encubierto informático en la comunicación entablada con la persona investigada, supone una intervención forzada y buscada expresamente con un objetivo, como es el descubrimiento de hechos que pudieran ser delictivos para su imputación, que además ha resultado ser una herramienta policial de particular importancia en la investigación de determinados delitos como la pornografía infantil, en la que los canales de intercambio utilizados por los usuarios de este material se realiza en foros restringidos de difícil acceso y en los que la entrada de un usuario infiltrado que hace circular archivos pornográficos, genera una confianza en el resto de usuarios que los pone al descubierto fácilmente¹⁸⁵.

Como particularidad, respecto al agente encubierto “ordinario”, observamos por una parte que el catálogo de delitos que permiten autorizar su intervención es más amplio, incluyendo los delitos dolosos castigados al menos con pena de tres años de prisión, organizaciones o grupos criminales y terrorismo, así como los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología. La segunda particularidad es la referida a la autoridad competente para su autorización, que en este caso se circunscribe a la autoridad judicial, excluyendo al Ministerio Fiscal, sin una aparente justificación de tal exclusión¹⁸⁶.

8 CAPITULO IV DEL TITULO VIII. ORDEN DE CONSERVACIÓN DE DATOS

La ley 13/2015 de reforma de la LECrim, introduce el capítulo X del Título VIII, titulado «Medidas de aseguramiento», dentro del cual encontramos el art.

¹⁸⁵RIZO GÓMEZ, B.: La infiltración policial ..., op. cit. pag. 115, añade que «ciertamente, se ha de entender que el intercambio o envío de archivos de contenido ilícito constituye un mal menor que se ha de producir al objeto de garantizar el éxito de la investigación criminal. Para ello deberá verificarse respetando escrupulosamente el marco legal establecido».

¹⁸⁶VALVERDE MEGÍAS, R.: «Cuestiones relativas a la investigación de los delitos en red». *Ponencia CEJ. Ministerio de Justicia*, Madrid, 2016, pág. 20 a este respecto dice que «sorprende, por tanto, que el agente encubierto “ordinario” pueda ser autorizado bien por el Juez de Instrucción competente o bien por el Ministerio Fiscal, en este caso, dando cuenta inmediata al Juez mientras que el agente encubierto informático no puede ser autorizado por el Ministerio Fiscal, a pesar de que los supuestos que se incorporan al catálogo de delitos objeto de la investigación no son de más gravedad que los que ya estaban listados en el 282 bis, 4 y el listado de facultades, aún con las diferencias que veremos,, no justifican la exclusión del Fiscal como autorizante»

588 octies relativo a la orden de conservación de datos, en el que establece: «El 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 encuentre a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión con arreglo a lo dispuesto en los artículos precedentes.

Los datos se conservarán durante un periodo máximo de noventa días, prorrogable una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días.

El requerido vendrá obligado a prestar su colaboración y a guarda secreto del desarrollo de esta diligencia, quedando sujeto a la responsabilidad descrita en el apartado 3 del artículo 588 ter e».

La finalidad de este artículo no es otra que la de conservar los datos e informaciones de toda clase, que se encuentren almacenados en sistemas informáticos hasta que por la Policía Judicial se obtenga la pertinente autorización judicial para su intervención. Esta norma, viene a plasmar la referencia que al mismo asunto establece el art. 16 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, de 23 e noviembre e 2001, ratificado por España el 20 de mayo de 2010, en el que de la misma manera se establece el plazo de 90 días prorrogables hasta que se produzca la autorización o el máximo de 180 días.

A los prestadores de servicios de telecomunicaciones también les incumbe la conservación de datos. Así lo establece la Ley 9/2014, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en su art. 42: «La conservación y cesión de los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación a los agentes facultados a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales se rige por lo establecido en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones».

Esta conservación estará sometida a una autorización judicial previa y a disposición de los agentes autorizados para llevar a efecto la intervención de

las comunicaciones, en la forma y pormenores que veremos más adelante.

El proceso de comunicación a través de medios tecnológicos comprende dos tipos de datos. Así, nos encontramos con los datos del propio proceso de comunicación y aquellos otros datos de tráfico o asociados al proceso de comunicación como son el número de IMEI/IMSI, el número de IP, el número de abonado desde el que se establece o recibe la comunicación, nombre del abonado o su identidad y, en definitiva, aquellos otros datos que por sí mismos incluyen determinada información que puede ser valiosa para la investigación policial o judicial y a los que se refiere el art. 588 ter b párrafo tercero: «todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas». Por tanto, la obligación de retención o conservación de datos a que se refiere el art. 588 octies no lo será solo de los datos propios de la comunicación, sino que habrá que entender también comprendida la obligación de conservación de los datos asociados al proceso de comunicación, obligación que no solo incumbe a los operadores de telecomunicaciones, sino que también se extiende a cualquiera persona o empresa que intervenga en el proceso de comunicación telefónica o telemática, como son los administradores de servicios web o de redes sociales.

La orden de conservación de datos incluida en el art. 588 octies se constituye como una garantía que asegure la obtención de datos de trascendencia para la investigación policial, desde que se tuvo conocimiento de su existencia, hasta el momento en que se autorice su obtención mediante la oportuna resolución judicial habilitante, de ahí su enclave sistemático en un nuevo capítulo X denominado “Medidas de aseguramiento”. Pero esta singular medida, en principio, no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones, sino a un posterior y concreto acto de injerencia en el derecho fundamental, por lo que será necesaria una resolución judicial para justificar esta obligación de retención de determinados datos, ajena a toda posibilidad de arbitrariedad o utilización de la misma con fines prospectivos.

9 CAPÍTULO V DEL TÍTULO VIII. RÉGIMEN TRANSITORIO

En la LO 13/2015 se introduce el Derecho transitorio a través de dos cauces, en el propio de las disposiciones transitorias y en el apartado VI del

preámbulo. Dentro de las disposiciones transitorias, la única que afecta al tema que nos ocupa del derecho al secreto de las comunicaciones es la disposición transitoria única, referida a la legislación aplicable, que establece:

- «1. Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor.
2. La Ley se aplicará también a las diligencias policiales y fiscales, resoluciones y actuaciones judiciales que se acuerden tras su entrada en vigor en procedimientos penales en tramitación».

Sin embargo, en el preámbulo, concretamente en el apartado VI, se hace también una referencia al régimen aplicable a los procedimientos en curso a la fecha de entrada en vigor de la LO 13/2015, que completa lo que después dispone en la disposición transitoria única antes referida, estableciendo: «las normas previstas en esta ley será aplicables a todos los procedimientos penales que se incoen con posterioridad a su entrada en vigor. No obstante y a fin de que las garantías previstas relativas al estatuto del investigado y detenido y medidas de investigación tecnológica sean inmediatamente operativas en los procedimientos en curso se dispone que tales garantías presidan también las diligencias policiales y fiscales, resoluciones y actuaciones judiciales que se acuerden tras su entrada en vigor. Ello en modo alguno supondrá que se pueda cuestionar la validez de las resoluciones adoptadas o actuaciones practicadas con anterioridad y conforme a la legalidad entonces vigente».

Por si había alguna duda del carácter normativo del contenido del preámbulo, nos encontramos con que, en este caso, está interpretando la disposición de la norma que precede, para que no haya dudas sobre la intención del legislador. La intención que parece subyacer en el conjunto de ambas parece apuntar a que los adelantos tecnológicos que al momento de la promulgación de la Ley que no tenían un apoyo legal hasta ese momento, como el sistema SITEL, a partir de la entrada en vigor, nada impide que se utilice el material probatorio obtenido en una especie de convalidación retroactiva.

Por otro lado, afecta también el Derecho transitorio a los plazos de vigencia de las intervenciones telefónicas. Así, cualquier intervención telefónica acordada con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se

mantendrá durante el tiempo que se hubiera acordado en la resolución autorizante, pero las posteriores prórrogas deben acogerse a los nuevos requisitos y formalidades previstos en la nueva regulación. De igual manera, si el delito investigado en la resolución anterior a la reforma fuera uno para los que el Código Penal no prevé pena superior a tres años, no podría acordarse nueva prórroga de esa intervención. En el mismo sentido, referido al tiempo límite de intervención de comunicaciones, señala que aquellas que ya estuvieran autorizadas mantendrán su vigencia por el tiempo concedida, pero al momento de la nueva prórroga que se solicitara, ya vigente la nueva regulación, no podrá concederse por un tiempo que acumulado al inicial supere los dieciocho meses previstos en el art 588 ter g).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO III

ESCUCHAS MEDIANTE EL SISTEMA INTEGRADO DE INTERCEPTACIÓN DE TELECOMUNICACIONES (SITEL)

1 Introducción.

En el siglo XX la telefonía y las telecomunicaciones han experimentado un vertiginoso desarrollo que ha afectado directamente a la forma de comunicación entre las personas, convirtiéndose en el instrumento más rápido y eficaz para comunicarse. En la misma medida se ha convertido en un medio idóneo para el desarrollo de actividades delictivas por parte de grupos con mayor o menor organización, que han adoptado estos cambios tecnológicos para favorecer sus actividades. Por otra parte, la aparición de nuevas operadoras de servicios telefónicos y de acceso a internet introducen nuevos elementos, haciendo necesaria una regulación concreta sobre la forma de controlar e interceptar las comunicaciones, en las que los investigadores han encontrado uno de los medios más eficaces para el desarrollo de las investigaciones criminales, conscientes de que los criminales emplean la tecnología más avanzada para la consecución de sus actividades delictivas, produciéndose una «carrera tecnológica» entre éstos y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que deben mantener un continuo reciclaje tecnológico para adaptarse a las nuevas formas de comunicación y no quedar rezagados en este particular combate con los delincuentes.

Esta carrera entre policía y delincuentes ha transitado por distintos periodos. Así, inicialmente, las formas de interceptación de comunicaciones de tipo analógico eran simples y fácilmente interceptadas al consistir en un medio físico (el cable) que unía la central telefónica con el usuario.

Posteriormente, con la eclosión de la telefonía móvil, la interceptación supuso un importante problema para las fuerzas policiales que tuvieron que hacer un esfuerzo para adaptarse a las nuevas tecnologías, sin que las propias operadoras telefónicas tuvieran los medios técnicos idóneos para su interceptación, teniendo que introducir modificaciones específicas de software en las centrales de comunicación telefónica para poder llevarlas a efecto. Un tercer escalón ha supuesto la extensión definitiva de los sistemas digitales de comunicación, ante los que se ha producido un importante adelanto a favor de los cuerpos policiales en cuanto a la investigación de los delitos, ya que, no solo se pueden intervenir las comunicaciones, sino que además, permite la localización geográfica de la torre de comunicaciones que gestiona la comunicación, complementado con sistemas de triangulación entre distintas estaciones para conocer en qué momento y lugar se encuentra un dispositivo de telecomunicaciones en su área de influencia.

Ante este escenario de continuo desarrollo tecnológico, a finales del año 2001, se implantó el Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones (SITEL) en el seno del Ministerio del Interior, como sistema al servicio de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para la lucha contra la delincuencia, dotándoles de un sistema de interceptación legal de telecomunicaciones y telefonía móvil en cumplimiento de las resoluciones judiciales que lo autoricen, que desarrolla un sistema de almacenamiento central de las comunicaciones interceptadas de forma accesible a los usuarios operativos, distribuidos por toda la geografía española, para la obtención de las grabaciones autorizadas, que puedan convertirse en prueba de cargo suficiente para articular una acusación formal contra las personas investigadas.

2 Marco legal.

La cobertura legal del sistema SITEL la extraemos desde tres fuentes distintas:

2.1 Real Decreto 424/2005 de 15 e abril, sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios

Define este Real Decreto la interceptación legal como: «(...) medida establecida por Ley y adoptada por una autoridad judicial que acuerda o autoriza el acceso o la transmisión de las comunicaciones electrónicas de una persona, y la información relativa a la interceptación, a los agentes facultados, sin perjuicio de lo establecido en el art. 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Dentro de este Real Decreto destacamos por su relevancia los artículos 83 a 101, dedicados a la interceptación legal de las comunicaciones. Este Real Decreto fue objeto de recurso por la Asociación de Internautas, alegando que el mismo vulneraba el principio de reserva legal que debe afectar a toda regulación de un derecho fundamental como es el del secreto de las comunicaciones. Así, la convalidación de esta regulación se respaldó por el Tribunal Supremo¹⁸⁷, que en resumen avala la legalidad de estos artículos por entender que se integran en el contenido del nuevo art. 33 de la Ley general de Telecomunicaciones (Ley 25/2007), donde se detallan de forma más completa los datos que han de ser conservados por los operadores de servicios de telecomunicaciones, el tiempo que deben ser conservados y la forma de cesión a los funcionarios autorizados, de acuerdo con la previa autorización judicial necesaria, concluyendo que no es necesaria la reserva de Ley Orgánica al dar cobertura al reglamento la mentada Ley 25/2007.

2.2 Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Destacamos de esta Ley los siguientes artículos:

El objeto lo encontramos definido en su artículo 1, donde señala que: «esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial

¹⁸⁷STS 1215/2009, de 30 de diciembre.

con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales».

Seguidamente, expone un extenso catálogo de datos que serán objeto de conservación por parte de los operadores de telecomunicaciones y continúa en el artículo 5, con la expresión del plazo impuesto para la conservación de los datos, que destacamos por su relevancia:

«1. La obligación de conservación de datos impuesta cesa a los doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación. Reglamentariamente, previa consulta a los operadores, se podrá ampliar o reducir el plazo de conservación para determinados datos o una categoría de datos hasta un máximo de dos años o un mínimo de seis meses, tomando en consideración el coste del almacenamiento y conservación de los datos, así como el interés de los mismos para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave, previa consulta a los operadores».

En resumen, esta ley supuso un avance decisivo para los investigadores policiales, que a partir de su entrada en vigor, disponen de una de las herramientas más eficaces. Se establece una obligación para los operadores de servicios de telecomunicaciones de conservación de determinados datos durante un tiempo entre doce meses y dos años. Esto posibilita que, en una determinada investigación de delitos graves, en la que aparecen indicios suficientes que apunten directamente a un sospechoso, se pueda investigar no solo sus comunicaciones, sino otros datos anexos a la comunicación, como la posición de un terminal telefónico (geolocalización) en un día y hora determinada, que pueden ser de gran interés al convertirse en indicios que corroboren otras pruebas indiciarias que, analizadas en su conjunto, sean suficientes para avanzar en la investigación policial.

La medida se deberá de adoptar en el seno de una investigación judicial por un delito grave. Entiendo que aquí el legislador debería haber sido un poco más concreto y haber acotado con mayor precisión los delitos en los que se puede acudir a esta medida, que no olvidemos afecta directamente a un derecho constitucional como el derecho al secreto de las comunicaciones. Así,

delitos graves son aquellos para los que el Código penal prevé una pena grave (art. 13 C.P.) y son penas graves, según el art. 13.4 C.P., aquellos cuya pena, por su extensión, pueda ser grave o menos grave. Es decir, ante un delito como el de lesiones del art. 149.1 C.P., con pena prevista de prisión de seis meses a doce años, se podría acordar la intervención de comunicaciones. Sin duda, el principio de proporcionalidad de la medida, se deberá tener muy en cuenta por la autoridad judicial a la hora de hacer una valoración sobre los derechos contrapuestos.

2.3 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

La Ley General de Telecomunicaciones dedica varios artículos al secreto de las comunicaciones y a las obligaciones para las compañías proveedoras de servicios de telecomunicaciones. Concretamente les dedica el Capítulo III, artículos 39 al 44. En el art. 39 establece la obligación general para los operadores de interceptación diciendo: «2. Los operadores están obligados a realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia y en otras normas con rango de ley orgánica. Asimismo, deberán adoptar a su costa las medidas que se establecen en este artículo y en los reglamentos correspondientes».

Regula además, en el mismo art. 39¹⁸⁸, tanto la información inicial que debe facilitar a los agentes solicitantes, sin necesidad de autorización judicial, para poder cumplimentar la solicitud al juzgado de instrucción, que básicamente comprenden aquellos datos relativos al abonado que puedan conducir a su exacta identificación, tipo de servicio contratado y localización, que serán necesarios para integrarlos en la solicitud de intervención que se presentará a la autoridad judicial.

¹⁸⁸Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Art. 39.9 «Con carácter previo a la ejecución de la orden de interceptación legal, los sujetos obligados deberán facilitar al agente facultado información sobre los servicios y características del sistema de telecomunicación que utilizan los sujetos objeto de la medida de la interceptación y, si obran en su poder, los correspondientes nombres de los abonados con sus números de documento nacional de identidad, tarjeta de identidad de extranjero o pasaporte, en el caso de personas físicas, o denominación y código de identificación fiscal en el caso de personas jurídicas».

Una vez adoptada la resolución judicial habilitante de la intervención, también acota la información que estarán obligados a facilitar en los márgenes que se deriven de la misma (art. 39.5¹⁸⁹ LGT).

Además de estos datos relativos a la interceptación autorizada, también deberán facilitar la información requerida sobre aquellos otros abonados o intervinientes en el proceso de comunicación, que resulta necesario conocer, por formar parte del propio proceso de interceptación autorizado (art. 39.6¹⁹⁰ LGT).

Sin duda, las obligaciones impuestas en esta ley a los operadores de telecomunicaciones, junto con las anteriores de conservación de datos de la

¹⁸⁹ «5. Los sujetos obligados deberán facilitar al agente facultado, salvo que por las características del servicio no estén a su disposición, los datos indicados en la orden de interceptación legal, de entre los que se relacionan a continuación:

a) Identidad o identidades del sujeto objeto de la medida de la interceptación.

Se entiende por identidad: etiqueta técnica que puede representar el origen o el destino de cualquier tráfico de comunicaciones electrónicas, en general identificada mediante un número de identidad de comunicaciones electrónicas físico (tal como un número de teléfono) o un código de identidad de comunicaciones electrónicas lógico o virtual (tal como un número personal) que el abonado puede asignar a un acceso físico caso a caso.

b) Identidad o identidades de las otras partes involucradas en la comunicación electrónica.

c) Servicios básicos utilizados.

d) Servicios suplementarios utilizados.

e) Dirección de la comunicación.

f) Indicación de respuesta.

g) Causa de finalización.

h) Marcas temporales.

i) Información de localización.

j) Información intercambiada a través del canal de control o señalización».

¹⁹⁰ «6. Además de la información relativa a la interceptación prevista en el apartado anterior, los sujetos obligados deberán facilitar al agente facultado, salvo que por las características del servicio no estén a su disposición, de cualquiera de las partes que intervengan en la comunicación que sean clientes del sujeto obligado, los siguientes datos:

a) Identificación de la persona física o jurídica.

b) Domicilio en el que el proveedor realiza las notificaciones.

Y, aunque no sea abonado, si el servicio de que se trata permite disponer de alguno de los siguientes: c) Número de titular de servicio (tanto el número de directorio como todas las identificaciones de comunicaciones electrónicas del abonado).

d) Número de identificación del terminal.

e) Número de cuenta asignada por el proveedor de servicios Internet.

f) Dirección de correo electrónico.

7. Junto con los datos previstos en los apartados anteriores, los sujetos obligados deberán facilitar, salvo que por las características del servicio no esté a su disposición, información de la situación geográfica del terminal o punto de terminación de red origen de la llamada, y de la del destino de la llamada. En caso de servicios móviles, se proporcionará una posición lo más exacta posible del punto de comunicación y, en todo caso, la identificación, localización y tipo de la estación base afectada».

Ley 25/2007, han sido el paso definitivo en el control policial de las comunicaciones, que no olvidemos se han convertido en algo cotidiano de nuestra vida y de la de los delincuentes. Pero como toda herramienta debe ser utilizada con cautela, ya que simple y llanamente, junto con el sistema Sitel, podemos decir que en la actualidad todas las comunicaciones existentes están intervenidas legalmente de manera preventiva a la espera de que posteriormente una autoridad judicial justifique su cesión a la policía actuante en el transcurso de una investigación de delito grave y, no solo de las personas investigadas, sino también de terceros ajenos que intervengan en la comunicación, sean o no clientes de la proveedora de los servicios de telecomunicación.

3. Régimen organizativo del SITEL.

El SITEL es un sistema de interceptación legal de Telecomunicaciones, a través del cual, los cuerpos policiales, tienen acceso directo a los servidores de los proveedores de telecomunicaciones para la vigilancia de las comunicaciones autorizadas por una resolución judicial, que cumple con los estándares de normalización ETSI (European Telecommunications Standards Institute – Instituto Europeo de normalización de las Telecomunicaciones). El sistema se organiza en dos niveles, el centro y las salas de monitorización, y los operadores de servicios de telecomunicaciones.

El centro de monitorización se ubica en Madrid y está directamente conectado a las redes de los operadores de servicios de telefonía y telecomunicaciones, en el que se procesan y almacenan las telecomunicaciones que se interceptan por mandato judicial, incluyéndose entre los datos que pueden ser objeto de intervención, tanto las conversaciones como los mensajes SMS, datos GPRS, UMTS, LTS, etc, como la información referente a la interceptación, es decir, identificación de los números de abonados que emiten la llamada y los que la reciben, el IMEI, IMSI, que identifican el dispositivo físico que las emite o recibe, hora de inicio y final de la comunicación, su localización y demás datos relativos a la comunicación. Es decir, una monitorización total, que comprende la identificación del usuario, el dispositivo desde el que se emite o recibe la comunicación, el contenido de la misma, su duración y localización geográfica. Toda esta información queda grabada y accesible de forma segura para los funcionarios policiales

autorizados para la práctica de la intervención.

En este centro se aloja un ordenador central de gran capacidad, dotado del máximo nivel de seguridad, donde se recibe la información procedente de los operadores de servicios de telecomunicación, quedando depositada de manera inalterable para su consulta respectiva desde las salas de monitorización de forma segura. En definitiva, su función es recibir la información, almacenarla y distribuirla a los centros periféricos que se encargan de su monitorización y tratamiento.

Su cobertura legal la encontramos en el Real Decreto 424/2005 de 15 de abril, sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, que lo define como: «instalación de los agentes facultados que recibe las comunicaciones electrónicas interceptadas y la información relativa a la interceptación de un determinado sujeto sometido a interceptación».

El segundo nivel del sistema se encuentra en las salas de monitorización que se distribuyen por todo el país, desde las que los funcionarios policiales pueden acceder a la información almacenada en función de las autorizaciones judiciales concedidas previamente. En estas salas se procederá a la escucha, transcripción de los pasajes relevantes para la investigación y grabación de los soportes físicos que contengan las conversaciones grabadas para su puesta a disposición judicial.

Las salas de monitorización cuentan con un equipamiento de *hardware* y *software* específicos, con un sistema de conexión con el centro de monitorización propio y seguro, que permite a los agentes autorizados para la intervención el acceso a la información autorizada para ese usuario que debe ser miembro de la unidad policial encargada de la investigación.

Por último, también resulta imprescindible la colaboración de los operadores de telecomunicaciones, a cuyas redes están conectados el centro de monitorización mediante enlaces punto a punto, que ha tenido que desarrollar el software necesario para permitir el acceso desde el ordenador central del centro de monitorización a su propio sistema de forma automática,

sin necesidad de intervención de terceras personas.

Esta obligación técnica está prevista en el Real Decreto 424/2005 referido anteriormente, que prevé expresamente: «los sujetos obligados deberán tener en todo momento preparadas una o más interfaces a través de las cuales las comunicaciones electrónicas interceptadas y la información relativa a la interceptación se transmitirán a los centros de recepción de las interceptaciones».

El sistema SITEL inicialmente se circunscribió al ámbito de la telefonía móvil de primera generación que utilizaba tecnología GSM y a la telefonía fija (Global System for Mobiles – Sistema Global para Comunicaciones Móviles). No obstante, la propia evolución de las telecomunicaciones, ha empujado al sistema a seguir la misma evolución y no quedar atrás en esa carrera tecnológica entre los cuerpos policiales y los criminales, extendiéndose al total de las comunicaciones vía internet y telefonía móvil con tecnología 3G (UMTS Universal Mobile Telecommunication System – Sistema de telecomunicaciones móviles, 3 generación de telefonía móvil), y con tecnología 4G (LTE Long Term Evolution – Evolución de largo término, 4 generación de telefonía móvil), que actualmente utilizan los dispositivos de telefonía más modernos, que implican una dificultad de interceptación superior.

Actualmente el sistema SITEL contiene una tecnología suficiente para la interceptación de las siguientes comunicaciones:

- Servicios de voz en telefonía fija.
- Telefonía móvil de tercera y cuarta generación, tanto de voz como de datos (GPRS-UMTS-LTE).
- servicios de banda ancha que incluye ADSL, cable y fibra óptica.
- Servicios IP, que incluyen navegación web, correo electrónico, etc.

Se constituye por tanto el SITEL, como una infraestructura en continua renovación tecnológica con el objetivo de mantenerse actualizado ante el avance de los fabricantes de equipos y operadores, para dar una respuesta a cualquier mandamiento judicial de intervención de telefonía o telecomunicación y los datos asociados a las mismas. Es el sistema de mayor complejidad tecnológica al servicio de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y la

herramienta más eficaz en la lucha contra delitos de especial trascendencia como el terrorismo, el tráfico de drogas y la delincuencia organizada, que permite tanto el acceso al contenido de las conversaciones entre los presuntos delincuentes, como a los datos de tráfico de sus terminales cada vez de mayor importancia, además de otros no menos reveladores, como la localización física de los dispositivos telefónicos con un margen de error mínimo.

Más recientemente, al sistema SITEL se ha sumado el llamado Evident X-Stream que permite la vigilancia orientada a determinados individuos a los que se esté investigando con autorización judicial. La principal novedad que presenta este sistema es el acceso a la información del usuario en tiempo real y no solo las comunicaciones telefónicas, sino que también se posibilita el acceso a lo que escucha o visiona el usuario intervenido como puede ser un video de internet o una videollamada. Al igual que el sistema SITEL necesita de la colaboración de los proveedores de servicios de telecomunicaciones para poder tener este acceso, que por supuesto debe ser autorizado judicialmente mediante la oportuna resolución. No obstante, a pesar de las bondades que parece contener este sistema, también tiene su “talón de aquiles”, ya que no puede descifrar (aunque sí interceptar) comunicaciones realizadas a través del cifrado SSL, que es la utilizada servicios web como Facebook y Gmail.

4. Tramitación de la intervención de comunicaciones a través del sistema SITEL.

El procedimiento de intervención de las comunicaciones a través del sistema SITEL sigue una secuencia de trámites que podemos sintetizar de la siguiente manera:

1. Solicitud de datos de identificación de los abonados a fin de incluirlos en la petición a la autoridad judicial, conforme especifica el art. 89 del R.D. 424/2005 por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios que analizaremos en el apartado siguiente.
2. Solicitud a la autoridad judicial de la interceptación legal de comunicaciones de un determinado abonado, con los requisitos previstos en el art. 588 bis b)

con carácter general, además de los del 588 ter d) si trata de una intervención telefónica.

3. Concesión de la autorización por parte de la autoridad judicial concretando los extremos a que se refiere el art. 588 bis c) 3.

4. Comunicación de la orden de interceptación al operador u operadores afectados adjuntando el correspondiente mandamiento judicial de interceptación junto con los datos identificativos y, en su caso, con los resultados esperados por parte del operador. Es decir, solo datos asociados a llamadas, datos de movimiento o control, además del contenido de las comunicaciones. También será preciso comunicar otra serie de datos, como los referentes a los identificadores asignados a ese número, el tipo de enlace con el centro de recepción de las interceptaciones y cuantos parámetros técnicos o administrativos sean necesarios.

5. Respuesta del operador de telecomunicaciones acusando el recibo del mandamiento judicial e indicando cuando será activado el objetivo. Por lo general, los jueces suelen marcar los plazos por períodos, estableciéndose como fecha de inicio la del mandamiento, debiéndose requerir para la intervención fechas concretas (fecha de inicio 00/00/00 y de finalización 00/00/00).

6. Programación de los equipos de conmutación por parte del operador que active las medidas de intervención legal. Es responsabilidad del operador el adoptar las medidas necesarias para la realización física de la interceptación. Esas medidas dependerán del sistema de telecomunicaciones.

7. Transferencia de las comunicaciones junto con los datos asociados a las mismas o los datos de seguimiento requeridos. Se hará en función del sistema objeto de la interceptación.

8. Transferencia del contenido de la comunicación junto con los datos asociados al centro de recepción de las interceptaciones del agente facultado correspondiente.

9. Comunicación al operador del cese de la interceptación o prórroga o cambio

de parámetros. El cese de una comunicación se puede producir por el transcurso del tiempo acordado por la Autoridad Judicial o por resolución de la Autoridad Judicial. No se comunicará el cese que se produzca por el mero transcurso del tiempo de la interceptación legal dispuesto por la Autoridad Judicial al estar implícito en la orden de interceptación legal. Se comunicarán los ceses, prórrogas o cambios de parámetros que tengan origen en una resolución expresa de la Autoridad Judicial, adjuntando el correspondiente mandamiento judicial.

10. Confirmación o notificación por el operador del cese de la interceptación. El cese se producirá cuando exista comunicación expresa del Juzgado o automáticamente cuando venza el período de tiempo especificado en el mandamiento judicial.

11. Comunicación a la autoridad judicial de los resultados de la interceptación.¹⁹¹

5 La solicitud y sus requisitos.

El primer escollo con que se encuentran los grupos de investigación de la Policía es saber a que operador debe dirigirse de entre los múltiples existentes, con el fin de obtener los datos necesarios para cumplimentar debidamente la solicitud de intervención de comunicaciones. Encontramos la referencia en el art. 89 del R.D. 424/2005, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios¹⁹², que contempla expresamente que, con carácter previo a la solicitud de

¹⁹¹FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F.: - Área Técnica-Mando de Operaciones. Dirección General de la guardia Civil. «El sistema policial de interceptación de las comunicaciones; SITEL». *Ponencia Centro Estudios Jurídicos*. Madrid 2016, págs. 10 y 11.

¹⁹²Establece este art. 89, «1. En el marco de la investigación legal a requerimiento de la autoridad judicial o cuando así lo determine una norma con rango legal, los sujetos obligados conforme al artículo 85 pondrán a disposición de la autoridad que lleve a cabo dicha investigación, con carácter previo a la interceptación legal, información actualizada relativa a los datos a que hace referencia el artículo 90.
2. Con carácter previo a la ejecución de la orden de interceptación legal, los sujetos obligados deberá facilitar al agente facultado información sobre los servicios y características del sistema de telecomunicación que utilizan los sujetos objeto de la medida de la interceptación y, si obran en su poder, los correspondientes nombre de los abonados con sus números de documento nacional de identidad, tarjeta de residencia o pasaporte, en el caso de personas físicas, o denominación y código de identificación fiscal en el caso de personas jurídicas».

interceptación, los operadores de servicios de telecomunicaciones están obligados a facilitar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado los datos de filiación, servicios contratados y demás datos que puedan conocer de las personas que se interese, que servirán para la solicitud a la autoridad judicial.

Con la información obtenida, en cuanto a las personas o números de abonados investigados, la Policía Judicial se dirigirá al juzgado de instrucción con el correspondiente atestado, en el que se interesará la adopción de la medida de intervención telefónica. El auto dictado por el juez instructor, además de los requisitos tasados en el art 588 bis c), lo habitual es que contenga determinados datos que se referirán al número de IMEI o IMSI, datos asociados a un abonado, e incluso determinados datos de geolocalización, tal y como se establece en el art. 588 ter d) 2.

A los requisitos de la solicitud también se refiere el informe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado de fecha 5 de octubre de 2005, titulado «Consideraciones sobre el sistema SITEL de interceptación de comunicaciones»¹⁹³, que complementa la previsión del art. 89 del R.D. 424/2005 relativa a los datos que las operadoras están obligadas a facilitar a las fuerzas policiales, incluyendo la recomendación de que éstas, al momento de formalizar su solicitud a la autoridad judicial, incluyan qué sistema de interceptación consideran el adecuado para llevarla a efecto. Con esto, se suministra mayor información a la autoridad que debe adoptar la medida ya que el juicio de proporcionalidad y justificación, no solo comprenderá el aspecto material del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sino que también incluirá el aspecto formal, en cuanto a cómo llevarla a efecto evitando la utilización de otro medio que pudiera ser menos invasivo o proporcionado a los resultados que se pretenden obtener con la interceptación que se solicita.

6 Funcionamiento de la intervención SITEL.

¹⁹³Introduce este informe una interesante consideración a este respecto diciendo, «(...) es por ello que, para asegurar el adecuado ejercicio de la función que constitucionalmente corresponde a la autoridad judicial competente para autorizar medidas limitativas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones garantizando, no obstante, el mínimo sacrificio posible de dicho derecho, estimamos necesario que la solicitud policial de intervención telefónica, además de los datos y razonamientos que justifiquen la petición, concrete de forma específica, el sistema de interceptación que se estima conveniente utilizar, sus parámetros y la información susceptible de obtenerse en cada caso, a fin de que la autoridad judicial pueda resolver de forma razonada sobre todo ello y mantener el control que le corresponde asumir en la intervención».

Solicitada y autorizada convenientemente la intervención de telecomunicación mediante el sistema SITEL, la operadora receptora del mandamiento judicial permite al centro de monitorización policial el acceso a su centro de comunicaciones, utilizando para el envío de la comunicación y los datos asociados un único punto de enlace en un nodo de conmutación. Se trata, en lenguaje menos técnico, de un punto de acceso al sistema, que se otorga al ordenador central del centro de monitorización que cuenta con un *software* capaz de almacenar el contenido de todas las comunicaciones del abonado sometido a investigación para su posterior examen. Estos datos, que en ningún momento abandonan o salen del ordenador central, quedan a disposición de los funcionarios autorizados de la unidad encargada de la investigación de los hechos, responsable de la intervención autorizada por la resolución judicial.

Pero el acceso a esta información también es objeto de vigilancia. Así, el personal de la unidad investigadora accederá al servidor central mediante un código identificador de usuario y clave personal, por lo que, cualquier uso indebido de la información manipulada, acarreará la correspondiente responsabilidad que se pueda derivar. De esta manera, en las salas de monitorización, distribuidas por las comisarías de policía de toda la geografía española, se procederá a la escucha o examen del contenido de la información interceptada elaborando el informe policial que contendrá, como norma general, los pasajes más relevantes de las conversaciones intervenidas y la descarga de los archivos que contienen el total de los datos obrantes en el ordenador central, para su grabación en el soporte CD o DVD que se acompañará al atestado que se presentará a la autoridad judicial al momento de dar cuenta del resultado de la investigación.

7 Tratamiento de datos.

Los datos o información referente a la comunicación que puede obtenerse a través del sistema SITEL son de dos tipos. El primer tipo es el denominado HI2 interfaz, que contiene la información asociada a la comunicación, entre la que nos encontramos datos como el número de teléfono de emisor y receptor, el IMSI, el IMEI, fecha y hora de la comunicación. El

segundo tipo es el llamado HI3 interfaz, que contiene datos relativos al proceso de comunicación, entendido como mensaje entre dos comunicantes y comprende el audio de la comunicación, sms, fax, internet, módem, videollamadas y MMS. Por tanto, el sistema SITEL, no solo permite el acceso a los datos de la comunicación, sino que además, permite obtener datos relativos a los datos de tráfico de las comunicaciones como son la posición geográfica al momento de la comunicación, cuestión esta que amplía la esfera de protección constitucional al ámbito no solo del derecho al secreto de las comunicaciones, sino también al derecho a la intimidad del art. 18.2 CE y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, esta extensión de la información a la que se tiene acceso, exige un mayor celo en el juez autorizante al momento del juicio de proporcionalidad necesario para el dictado de la resolución habilitante.

Los usuarios del sistema SITEL (funcionarios autorizados por resolución judicial), pertenecientes a los grupos operativos encargados de la investigación, no acceden directamente al sistema central de almacenamiento, sino a un volcado de la información que se contiene en el mismo en formato digital y que a su vez es grabado en el correspondiente soporte digital, CD o DVD, de tal manera que esta grabación directa sin posibilidad de manipulación, se constituye en la garantía de autenticidad e integridad de la información recogida. El control de esta transferencia de datos se verifica a través de la firma digital electrónica del funcionario que efectúa la operación. Esta exigencia viene a cohonestar el criterio seguido por el Tribunal Supremo en repetidas sentencias para garantizar los principios de exactitud e integridad de los datos que se van a convertir en una evidencia legal que puede servir de prueba suficiente para obtener una acusación formal contra un investigado.

De esta manera, la aplicación genera la evidencia legal en formato CD o DVD, que contiene un fichero ejecutable en formato accesible desde cualquier ordenador, e incorpora la firma electrónica de autenticidad e integridad del mismo, de tal manera que no es necesaria ninguna operación de validación posterior. Si dicha grabación fuera impugnada por cualquiera de las partes, podría cotejarse con la grabación original que permanecerá íntegra en el ordenador central hasta el momento en que la autoridad judicial ordene su destrucción. No obstante, este proceso de impugnación debe someterse a determinados requisitos que quedaron delimitados convenientemente por el

Tribunal Supremo, así, el deber respeto al principio de buena fe procesal en STS 1520/2003¹⁹⁴. Igualmente, en cuanto al tiempo para la impugnación, se fija en el escrito de calificación provisional (STS 652/2001¹⁹⁵) y para el caso de omitir esta impugnación en ese trascendente momento procesal donde las partes deben proponer las pruebas con las que luego intentarán valerse en juicio en defensa de su derecho, adquirirá el carácter de prueba preconstituida¹⁹⁶, cuya valoración se efectuará en el plenario.

Por tanto, podemos concluir que la impugnación de la autenticidad e integridad de los soportes que contengan las conversaciones intervenidas efectuada con posterioridad al escrito de calificación provisional o escrito de defensa, tiene escasas posibilidades de prosperar ante el Tribunal que conozca del asunto, ya que con mucha probabilidad será rechazada la petición por contraria a la buena fe procesal, abuso de derecho o fraude de ley procesal de acuerdo con lo previsto en el art. 11.1 y 2 de la LOPJ. Seguramente la misma suerte correrá la impugnación que se efectuara al inicio del acto del plenario en la fase de alegaciones previas.

8 Firma electrónica de los ficheros y protección de datos.

El sistema SITEL se enmarca en una encrucijada que linda con diversos aspectos de particular relevancia por pertenecer a la esfera personal de los

¹⁹⁴STS 1520/2003, de 17 de noviembre.

¹⁹⁵STS 652/2001, de 16 de abril, en la que señala que «cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida aceptada y consentida como tal de forma implícita».

¹⁹⁶Para ORTELLS RAMOS, M.: *La prueba en el juicio ante el Tribunal del Jurado. Ley, práctica judicial y consideraciones lege ferenda*. Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 256, la prueba preconstituida es una prueba por si hubiera un proceso posterior. Por su parte, MIRANDA ESTRAMPES, M.: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, Pág. 99, añade que «la prueba preconstituida se crea intencionadamente para acreditar el hecho sobre el que recae», y se puede completar el concepto con la definición que apunta GUZMÁN FLUJA, V.C.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 74, que entiende que la prueba preconstituida es el conjunto de actividades de investigación dirigidas a la búsqueda, obtención, recogida, aseguramiento y puesta a disposición para el acto del juicio oral de la información precisa y necesaria que constituyan la fuente de prueba.

ciudadanos. Por un lado afecta al secreto de las comunicaciones y por otro al derecho a la intimidad. También podemos incluir un tercer espacio de conflicto con los datos considerados de especial relevancia por la protección que le otorga la Ley de Protección de Datos.

La Agencia Española de Protección de Datos, en su informe de 19 de enero de 2010 relativo al Sistema de Interceptación de Comunicaciones publicado en su página web, relativo a la adecuación del sistema a la legislación referida a la protección de datos de carácter personal, indicó que «para la realización de la inspección, la Agencia Española de Protección de Datos ha llevado a cabo actuaciones inspectoras tanto a operadoras de telecomunicaciones como a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado» y seguidamente detalla las siguientes conclusiones:

«1ª La incorporación de los datos a SITEL sólo es posible cuando la operadora que presta el servicio a la línea objeto de interceptación, una vez recibida y analizada la autorización judicial, activa dicha inclusión. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no pueden por sí mismas introducir información en SITEL.

2ª La actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con SITEL queda enmarcada en el ejercicio de las funciones de policía judicial previstas en la LOPJ y en la LECrim. En consecuencia, dicho acceso se efectúa exclusivamente en los términos previstos por la autoridad judicial y para la investigación concreta a la que se refiera dicha autorización de interceptación, pudiendo acceder al sistema los agentes facultados por ella designados. Por tanto, el tratamiento de datos en SITEL se produce siempre bajo el control de la autoridad judicial que ordena la interceptación.

(...) 8ª Se considera que los procedimientos de firma electrónica implantados en el momento en que la información se incorpora al sistema, su grabación en otros soportes y su transmisión a la autoridad judicial, garantizan los principios de exactitud e integridad previstos en la LOPD (Ley Orgánica de Protección de Datos).

9ª SITEL garantiza el cumplimiento de las medidas de seguridad de nivel alto previstas en el RLOPD¹⁹⁷, debiéndose hacer especial referencia a aquellas

¹⁹⁷Reglamento por el que se desarrolla la Ley Orgánica Protección de Datos.

relacionadas con el acceso al sistema por los distintos usuarios del mismo y la seguridad del transporte de los soportes que contengan la información hasta su entrega a la autoridad judicial».

La clave alrededor de la cual gira el sistema de garantías del sistema SITEL es el sistema de sellado de los archivos obtenidos del sistema central a través de la firma electrónica del funcionario autorizado al tratamiento de la información descargada, que en definitiva es la que se presenta a la autoridad judicial y como veremos posteriormente, la posibilidad de su confrontación con el original que se almacena en el ordenador central. La credibilidad del sistema radica en el control que se puede ejercer sobre todos los individuos que acceden a los archivos a través de la firma electrónica que se articula como necesaria para el acceso.

Por tanto, se configura la firma electrónica como el vehículo a través del cual, se asegura que los archivos obtenidos y que se presentan a la autoridad judicial, no han sido editados para añadir o modificar su contenido con el fin de tergiversar la conversación original y que para el caso de que así sea, se pueda saber qué persona es la responsable de esta ilegalidad, añadiendo además un elemento de seguridad procesal evitando la necesidad de un cotejo continuo de todas y cada una de las grabaciones obtenidas, que inicialmente y salvo prueba en contrario, gozarán de presunción de integridad y autenticidad, menos en lo relativo a la controversia que pasamos a desgranar en el siguiente apartado.

9 Posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

No son pacíficas las posiciones doctrinales acerca de la eficacia del resultado de la intervención en el proceso. La mayor fuente de conflicto se plantea sobre la autenticidad o posibilidad de modificación de los datos que finalmente acaban accediendo al proceso, ya que como hemos visto anteriormente, si bien el proceso de interceptación de los datos a través de las Salas de monitorización en las que los policías autorizados judicialmente «vuelcan» la información a un soporte apto para la grabación y reproducción del sonido, está consensuado que, si bien no puede manipularse por tener acceso únicamente a un archivo de «solo lectura», el proceso final, acaba

siendo el mismo proceso rudimentario que se utilizaba con anterioridad al sistema SITEL, es decir, una serie de DVD o CD que se presentan al juzgado junto con un atestado policial en el que se redactan aquellos pasajes que se consideran más relevantes por la fuerza policial.

Esta controversia se puso de manifiesto en su momento y se resolvió en la STS 1215/2009¹⁹⁸, de 30 de diciembre, de particular relevancia junto con su voto particular, por sintetizarse en la misma las dos posiciones doctrinales en confrontación. Se sostiene en esta sentencia, que los CD/DVD resultantes con los datos obtenidos del sistema central se presumen auténticos y que su posible manipulación es un problema de prueba pericial contradictoria. Así se establece en su fundamento de derecho primero donde destacamos:

«10. El sistema SITEL no exige la presencia permanente de una persona escuchando en tiempo real las conversaciones intervenidas. Su tecnología permite sustituir esa presencia personal por un sistema de grabación de alta seguridad y de difícil o, por no decir imposible, manipulación sin que la persona que la realice sea detectada por su clave y personalmente identificada con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas.

11 (...) La autenticidad del contenido de los discos está fuera de discusión. Si en alguna ocasión las partes personadas estiman que los discos depositarios de la grabación no responden a la realidad deberán explicar suficientemente en que basan su sospecha, en cuanto que están acusando de un hecho delictivo a los funcionarios que se encargan del control del sistema SITEL.

(...) 16. El contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, gozan de presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario. Se trata de documentos cuya fuerza probatoria es indiscutible y así se admite por la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette. La fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo complementariamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece en el caso de los documentos públicos (art 319), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad (artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil). En estos casos la ley contempla la

¹⁹⁸STS 1215/2009, de 30 de diciembre.

posibilidad de llevar a los autos el original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios».

Con esto, el Tribunal Supremo viene a equiparar los DVD's obtenidos con las cintas de cassette que con el sistema anterior al SITEL se aportaban con las conversaciones grabadas, zanjando la posible duda sobre su autenticidad, entrando a la valoración de estos soportes tecnológicos a los que equipara a documentos públicos que pueden ser traídos a la causa para que surtan pleno efecto probatorio, sin perjuicio de la impugnación de su autenticidad, que en este caso debería de tratarse procesalmente conforme a las previsiones que al efecto prevé la LEC.

El voto particular a esta sentencia se formula por el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez¹⁹⁹, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. José Manuel

¹⁹⁹STS 1215/2009, de 30 de diciembre. Voto particular, donde señala: «Anticipamos nuestro criterio de que no existen razones jurídicas que justifiquen que el resultado de los actos de investigación encomendados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se sustraigan a las reglas generales sobre valoración de la autenticidad de un documento electrónico. En nuestra opinión, los DVDs aportados a un proceso penal por agentes de policía no pueden aspirar a un régimen privilegiado frente a la autenticidad afirmable de esos mismos soportes electrónicos cuando tienen distinto origen. Dicho con otras palabras, el DVD aportado por los agentes no puede gozar de una autenticidad, irrazonablemente aventajada, frente al DVD en el que se contienen por ejemplo, escrituras públicas y está custodiado por un Notario. (...) El problema radica en que todo ese sistema de controles y garantías se arrincona cuando los agentes facultados vuelcan en un DVD las conversaciones que estiman más relevantes y se presentan ante el Juzgado, mediante una comparecencia personal, aportando un soporte electrónico con vocación de originalidad. Éste es el problema de origen que nos impide avalar el funcionamiento del sistema integrado (SITEL) que, si bien se mira, no lleva su vocación integradora hasta sus últimas consecuencias, pues se olvida de integrar a los órganos jurisdiccionales en el esquema que define su funcionamiento. (...) Sin embargo, en el momento decisivo de su incorporación al proceso penal, para su valoración como fuente de prueba, la relación del órgano jurisdiccional con esos mismos agentes, recupera el añejo sabor artesanal de las comparecencias personales, aportando un documento cuyo contenido ha de ser acatado sin cuestionar su integridad.(...) Pues bien, las normas reguladoras del SITEL han diseñado un sistema de garantías en las relaciones entre dos de aquellos sujetos, operadoras y policía. Y lo han hecho cuidando, en ese exclusivo ámbito bidireccional, el espacio que es propio de la intimidad y protección de datos. Sin embargo, todo ello se desmorona de forma incomprensible en el momento de la incorporación de las pruebas electrónicas generadas al proceso penal. En ese instante, los canales seguros y las interfaces que la orden ITC/110/2009 impone a operadoras y agentes facultados, dejan paso a un incontrolado volcado de datos que, lejos de ser transmitidos por vía telemática, se presentan ante el Juzgado de instrucción por un agente de policía que afirma haber seleccionado aquellos fragmentos que considera relevantes para la investigación.(...) El SITEL, en fin, convierte a los Juzgados y Tribunales en un punto débil, en una tierra de nadie en la que las garantías de

Maza Martín. Centran la controversia con la Sentencia al considerar que el sistema SITEL supone un retroceso en el estado de garantías constitucionales de los arts. 18.3 y 24.2 CE, por entender que el núcleo del problema debe centrarse en el debate jurídico sobre el sistema de garantías, en relación con las pruebas que acceden al proceso y no sobre la suficiencia técnica del sistema o procedimiento por el que se obtienen las pruebas, que en principio también aceptan, pero con la salvedad de que, al igual que venía haciéndose con el sistema tradicional de cintas de cassette, para el caso de que fuera impugnado el procedimiento de obtención de los soportes, por supuesto en el momento procesal oportuno, su valoración debe efectuarse con sujeción a las reglas generales y hay que despejar cualquier duda sobre las garantías en la obtención de los archivos, debiendo desplegarse por las acusaciones un esfuerzo probatorio destinado a desvirtuar cualquier duda razonable que pueda arrojar la prueba.

En definitiva, el voto particular gira alrededor de la posibilidad de acceso desde el órgano jurisdiccional directamente al ordenador central en el que se aloja lo que podríamos denominar como «el primer original», para ser contrastado en el momento en que fuera puesta en duda su integridad o

seguridad e integridad del documento electrónico se degradan de forma insalvable. Los Jueces de instrucción se transforman así en meros receptores de unos soportes electrónicos cuyo contenido no puede apoyarse en otra garantía que la confianza crítica en la profesionalidad de los agentes que se los proporcionan. Tal sistema de operar provoca que el Secretario Judicial, en su condición de fedatario, se vea obligado a suscribir un acto de adveración a ciegas. No puede dar fe de que el contenido de esos DVDs coincide con un original al que no tiene acceso, pues la oficina judicial ha sido excluida de cualquier interfaz que permita el seguimiento de las interceptaciones. No puede garantizar que no se han eliminado erróneamente fragmentos de conversaciones de indudable trascendencia jurídica y que, sin embargo han podido ser excluidos en el momento del volcado al soporte electrónico. Dicho de forma bien gráfica, El Secretario sólo podrá advenir que el DVD presentado por la Policía es efectivamente el que presenta la Policía. De ahí que no podamos compartir el criterio mayoritario, expresado en el Fundamento Jurídico 17 de nuestra sentencia, cuando sostiene que «el sistema de escuchas telefónicas, que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado su contenido por la fe pública judicial goza de valor probatorio, salvo que mediante pericia contradictoria se demuestre la falsedad o alteración de las conversaciones grabadas».

IV.- En nuestra opinión, los soportes digitales aportados por los agentes, como toda prueba electrónica, han de pasar por un test de admisibilidad. Y éste comprende el análisis de su integridad, esto es, que el soporte no ha sido alterado; de su autenticidad, o sea, la identificación del sujeto al que se atribuyen las conversaciones y del contenido que éstas reflejan; por último de su licitud, es decir, de que han sido obtenidos con respeto a los derechos y libertades fundamentales».

autenticidad. Fuera de este caso concreto, ambas posturas, parecen estar de acuerdo en que, no siendo impugnada la prueba, el sistema goza de plena validez jurídica en cuanto al proceso de obtención, cuestión que analizada con un poco de perspectiva se puede resolver a través de la prueba pericial como se defiende en la Sentencia, o a través de un acceso directo al ordenador central desde el órgano judicial; cualquiera de estas alternativas presentaría un problema de difícil solución, ya que en ambos casos, sería necesario el acceso a la información contenida en los ordenadores centrales donde se descarga la información desde las operadoras de telecomunicaciones para comprobar, no solo que el contenido de los DVD's se corresponde con las transcripciones aportadas, sino que además, no se han omitido otras conversaciones que pudieran resultar de interés por su contenido exculpatario. Es por ello que entiendo que el sistema es mejorable si la descarga de la información se hace del total de las conversaciones intervenidas durante el periodo acordado en la resolución judicial, directamente desde el ordenador central del SITEL sin la intervención de los agentes directamente al Juzgado instructor, material que debería quedar a disposición de las partes para que propusiera la inclusión como prueba de aquellos pasajes que consideraran de su interés, que se añadirían a los aportados por la policía actuante para la formación de la pertinente prueba y no me estoy refiriendo a la previsión introducida por la LO 13/2015 en el art. 588 ter i) 2, en que se prevé la inclusión de pasajes que las partes consideren de su interés, ya que esta previsión se hace sobre el material aportado por la policía actuante, que puede no corresponderse con el total obtenido durante la investigación, sino que me refiero a este total de la información que debería remitirse directamente al Juzgado desde el ordenador central a modo de «original» para su puesta a disposición de las partes, independientemente del obtenido por la policía actuante en las salas de monitorización y que ha servido para confeccionar el atestado que se presenta al juzgado con los pasajes considerados de interés para la investigación.

10. Impugnación de las grabaciones. Carga de la prueba.

Como hemos visto, las dos posiciones doctrinales de mayor seguimiento antes analizadas, admiten las bondades del sistema SITEL en cuanto a la garantía de seguridad que ofrece el control de accesos y el alto nivel de

seguridad que protege al sistema, que aseguran en un porcentaje altísimo que no ha sido manipulado una vez firmado electrónicamente el archivo. Sin embargo, la principal fuente de conflicto surge en torno a la carga de la prueba al momento de plantearse, en el momento procesal oportuno, la impugnación de la autenticidad e integridad de las grabaciones que se constituyen como evidencia legal del proceso. El posterior desarrollo jurisprudencial ha abordado con mayor detalle esta cuestión, así la STS 794/2012²⁰⁰, introduce la necesidad de que la parte que denuncie la irregularidad de las escuchas telefónicas que finalmente han accedido al proceso, debe aportar «indicios objetivables de que la información obtenida en el curso de la interceptación no haya sido volcada correctamente, o se hayan producido alteraciones antes de su aportación al órgano judicial» y en el mismo sentido añade la STS 401/2012²⁰¹ que «si en alguna ocasión las partes personadas estiman que los discos depositarios de la grabación no responden a la realidad, deberán explicar suficientemente en qué basan su sospecha, en cuanto que están acusando de un hecho delictivo a los funcionarios que se encargan del control del sistema SITEL» y va más allá la STS 573/2012²⁰², cuando exige para la admisión de la impugnación la necesidad de aportar algún dato o indicio sugerente de la posibilidad de manipulación, con necesidad de proposición de prueba concreta a tal efecto.

Así las posiciones jurídicas, aunque desde puntos de vista contrapuestos, la línea que las separa es bastante tenue y mientras que la mayoritaria sostiene la presunción de autenticidad e integridad de las grabaciones, salvo prueba razonable en contrario, cuya iniciativa procesal corresponde a la parte que impugna, la minoritaria apunta a que es la parte acusadora la que debe probar la veracidad del material probatorio que ha de servir para formular acusación contra el investigado.

11 Contenido de las grabaciones y su transcripción.

Con las salvedades antes indicadas, los DVD's que finalmente se obtienen y se presentan al Juzgado se presumen auténticos en cuanto a su

²⁰⁰ STS 794/2012, de 11 de octubre.

²⁰¹ STS 401/2012, de 24 de mayo.

²⁰² STS 573/2012, de 28 de junio.

contenido. Otra cuestión es la relevancia de los pasajes que se acompañan transcritos junto a las grabaciones, que no dejan de ser los que subjetivamente ha considerado el agente actuante como más relevantes para el interés de la investigación. Sobre la presunción de veracidad, el Tribunal Supremo ha reiterado la fuerza probatoria y autenticidad de las conversaciones contenidas en los DVD's aportados a la causa, elevándolos incluso a la categoría de documento público al considerar que el art. 318 LEC avala los documentos presentados digitalmente, con los que se pueden equiparar los DVD's que contienen las grabaciones de las conversaciones, para cuya impugnación se debe acudir a la regulación al efecto, prevista en la LEC, arts. 267 y ss. (STS 629/2011²⁰³).

En cuanto a la transcripción de las grabaciones. Destacamos la STS 40/2009²⁰⁴, que contiene un compendio de la doctrina del Tribunal Supremo

²⁰³STS 629/2011, de 23 de junio, donde señala que «como hemos dicho en SSTs 105/2011 de 23 de febrero, 705/2010 de 15 de julio, “La cuestión ha sido objeto de anteriores pronunciamientos por esta Sala en los que se ha declarado la acomodación del sistema a las exigencias de legalidad constitucional. En la STS 1215/2009, de 30 de diciembre, se declaró la acreditación del contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, por su incorporación al proceso salvo prueba en contrario sobre su autenticidad. Se trata de documentos con fuerza probatoria como lo ha admitido la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette. La fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo complementariamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (art 318) la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad (art 267 Ley Enjuiciamiento Civil)».

²⁰⁴STS 40/2009, de 28 de enero, donde señala que «por otra parte esta Sala ha dicho también (Cfr. STS de 7-5-2007, nº 353/2007), que la transcripción no es un requisito impuesto por la ley, y que en lo referente a las transcripciones de las cintas, estas solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo éstas son las imprescindibles. (...) La STS de 14-5-2001 señala que no es correcto identificar el control judicial con dicha transcripción, tal identificación no tiene en cuenta que el material probatorio son las cintas grabadas, no su transcripción. En todo caso, la transcripción tiene la misión de permitir el acceso al contenido de las cintas mediante la lectura, pero no es un elemento que integre la diligencia con carácter necesario y legitimarte. (...) Es claro que la transcripción no sustituye la audición de las cintas en el juicio oral caso de que las partes lo soliciten para comprobar si las transcripciones que obran en las actas de instrucción son o no completas para valerse de ellas su defensa. En todo caso, a diferencia de las exigencias de resolución motivada, proporcionalidad de la medida y previa existencia de indicios que condicionan la legitimidad constitucional, la cuestión del control judicial de la intervención pertenece al ámbito de la legislación ordinaria por lo que su hipotética infracción no origina vulneración de derechos constitucionales ni afectación de otros elementos de prueba derivados de ella, y la audición íntegra de las cintas en el plenario constituya la práctica contradictoria de la prueba, que subsana aquellas irregularidades y salvaguarda el derecho de defensa de los acusados. Por otra parte, como precisa la STS de 2-10-2009, nº 566/2008, es obvio que no basta

hasta ese momento en relación con la transcripción de las grabaciones, señalaba esta sentencia el carácter contingente de las transcripciones de las conversaciones, considerando que son más un medio instrumental que sirve para un mejor manejo de la prueba, pero en todo caso, esta prueba está constituida por los propios DVD's que contienen las grabaciones, a cuya audición hay que acudir en el momento en que surja cualquier duda acerca de su veracidad como fuente directa de la prueba que es. Por otra parte, las cuestiones relativas al control de estas transcripciones no generan por sí mismas una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que entra dentro de las posibles irregularidades procesales que, en principio, pueden ser subsanables si no han generado una indefensión de suficiente entidad a la parte, para ser apreciada una vulneración constitucional. Actualmente el panorama ha cambiado a partir de la reforma de la LO 13/2015. Ahora sí es necesario aportar a la causa junto con los soportes que contienen las grabaciones de las conversaciones una copia en la que consten los pasajes considerados de interés policial, no solo para acceder al proceso en forma de prueba, sino para un efectivo control de la medida desde la concesión por la autoridad judicial y durante las siguientes prórrogas que se puedan conceder hasta su finalización, convirtiéndose en una práctica constante a lo largo de los años como la de la presentación en un atestado de los pasajes considerados de interés, en una obligación legal a cumplir por de los grupos policiales autorizados para la intervención de comunicaciones.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

con la realidad de una infracción procesal (caso de existir) para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia; no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aún concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado pese al rechazo, pudo proponer a la defensa de sus derechos e intereses legítimos».

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA EN LOS ÓRGANOS JUDICIALES

1 FASE PREVIA AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

En primer lugar nos referiremos a los requisitos de solicitud de intervención de comunicaciones.

1.1 Requisitos legales. Contenido del oficio policial.

1.1.1. Hechos objetivos.

Como hemos indicado anteriormente, la injerencia en el secreto de las comunicaciones debe autorizarse por el juez competente, el cual debe adoptar un criterio sometido al juicio de proporcionalidad que justifique la medida restrictiva del derecho fundamental en juego y dictar la resolución judicial habilitante, que debe respetar unos cánones de legalidad, so pena de su ineficacia posterior por contravenir lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ donde expresamente se prevé que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o

indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, por lo que su ineficacia afectará, no solo a la prueba directamente obtenida a través de la intervención de las comunicaciones, sino a cualquiera otra indirecta que se derive de la misma. De ahí la importancia capital del cumplimiento escrupuloso de estos requisitos iniciales, que pueden contaminar el resto de la investigación policial y judicial por aplicación de la «doctrina del fruto del árbol envenenado», que analizaremos con más detalle en un momento posterior.

Señala LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA que «(...) la ley exige indicios, y éstos son distintos de las meras sospechas. Además, los indicios, como es obvio, debe constatarlos el Juez, a la vista de los elementos existentes en la causa»²⁰⁵.

Efectivamente, el juez de instrucción debe ponderar los indicios que se pongan de manifiesto en el oficio o atestado que se le presenta por la Policía Judicial o por vía del Ministerio Fiscal, efectuando un análisis sobre si los mismos son suficientes para considerar que por parte de un individuo se está cometiendo un delito de los que justifican la adopción de una intervención de comunicaciones, que se contienen en el art. 579 LECrim. Debe comprobar además, que la solicitud está avalada por una previa investigación policial que pongan de manifiesto otros indicios reveladores de una sospecha fundada y objetiva, indicativa de que no se pretende iniciar la investigación con la propia intervención solicitada. Es decir, debe existir un investigación policial anterior, de suficiente entidad para ponderar la necesidad de continuarla con una intervención de comunicaciones, que además, debe estar dirigida contra un individuo o individuos determinados, estando prohibidas las investigaciones prospectivas y sin base objetiva e individualizada, por lo que consecuentemente, debería existir un procedimiento judicial iniciado, donde ya consten esas indagaciones policiales que culminan en la solicitud de una intervención telefónica por no hallar otros medios menos invasivos de la esfera íntima de la persona investigada, a través de los cuales, progresar en la investigación²⁰⁶.

Presentado el oficio de solicitud de intervención de comunicaciones, el juez deberá ponderar la entidad de los indicios puestos de manifiesto en el

²⁰⁵LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas ...* op. cit., pág. 34.

²⁰⁶Así lo entiende ASECIO MELLADO, J.M.: op. cit., en la obra *Prueba prohibida...*, pag. 108.

mismo, en el contexto de una investigación policial en fase embrionaria, así como que esos indicios no son una prueba plena de comisión de hechos delictivos por personas determinadas, sino de hechos que revistan la entidad suficiente para, efectuada su ponderación en el juicio de proporcionalidad, justifique la adopción de la medida restrictiva de un derecho fundamental como es el secreto de las comunicaciones.

Esta labor jurisdiccional, debe seguir un razonamiento lógico. Así, en primer lugar, deberá objetivar esos indicios como apunta REDONDO LÓPEZ²⁰⁷, que deben ser reveladores por si mismos de datos que pongan de manifiesto unos hechos suficientes para justificar la adopción de una medida de intervención de comunicaciones, como medio para poder avanzar en la investigación de una posible conducta delictiva grave. No se considerará indicio la mera sospecha sin fundamento, o cualquier hipótesis subjetiva que no esté respaldada por otros hechos objetivos que evidencien la conducta delictiva. Esto no significa que el juez deba comprobar previamente que los hechos objetivos que se le presentan son auténticos, simplemente deberán ser creíbles para cualquier persona razonable.

1.1.2 Delito concreto y concurrencia de indicios de comisión del delito investigado.

Los indicios que se presentan en el oficio policial deben ser reveladores de la comisión de algún hecho delictivo de los que autorizan la posible adopción de una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones, que son a los que se refiere el art. 579 reformado por la LO 13/2015, es decir, delitos de al menos tres años de prisión cometidos por grupo

²⁰⁷ REDONDO LÓPEZ, F.J.: La intervención de las comunicaciones (II). Requisitos de legalidad constitucional. Requisitos de legalidad ordinaria: su introducción como prueba en el juicio oral. *Ponencia Centro Estudios Jurídicos*. Madrid. 2015, pág. 5. «(...) esos indicios previos a la intervención han de ser objetivos, perceptibles directamente por los sentidos y, sobre todo han de ser verificables y accesibles a terceros. Será una mera conjetura, sospecha, hipótesis, intuición o entelequia afirmar que una persona “se dedica al tráfico de drogas” o que “lleva un alto nivel de vida sin tener ingresos lícitos”, mientras que serán datos objetivos y, por tanto auténticos indicios, un seguimiento o vigilancia policial que observe un intercambio de un objeto pequeño y dinero, máxime si se consigue fotografiar o filmar; o la incautación de una dosis de droga a una persona que se le acaba ver llegar a la casa del sospechoso y salir inmediatamente de ella, o la presentación de un documento que acredita que el sujeto ni trabaja ni cotiza a la seguridad social ni obtiene ninguna renta o ingreso, o un documento que constata los inmuebles o vehículos de su propiedad. Lo primero no lo podrá comprobar el juez, que se lo tendrá que creer o no, lo segundo será verificable no sólo por el juez, sino también por terceros».

u organización criminal y delitos de terrorismo (principio de especialidad). Por tanto, no deben ser indicativos de la comisión de cualquier delito, sino de aquéllos que, objetivamente, puedan justificar esta injerencia. Esta justificación tiene sus matices, ya que el concepto de gravedad no debemos incardinarlo únicamente en relación con la pena prevista para el delito que se está investigando, sino que habrá que tener en cuenta otros criterios, por interpretación de los arts. 13 y 33 C.P.), referidos a los bienes jurídicos protegidos que se pueden considerar de especial protección por afectar a la sociedad en su conjunto, incluyendo determinados delitos que por su ejecución despiertan una alarma social que puede llegar a justificar la adopción de una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones, sin atender estrictamente al régimen penológico que le pueda corresponder, justificación que actualmente ha sido acogida tras la reforma de la LECrim (LO 13/2015, art. 588 ter a), en relación con el 579.1), que se refiere a la gravedad del hecho y autoriza la intervención telefónica para investigar delitos dolosos cuya pena máxima es, al menos, de tres años.

Los indicios que justifiquen la intervención están íntimamente relacionados con las «investigaciones prospectivas». Así, si en la resolución se han incluido correctamente los indicios en que se basa, se evitará la investigación sin el fundamento necesario o prospectiva.

El juez deberá examinar en la solicitud si está perfectamente determinado el delito o delitos que se investigan y las personas investigadas. Efectuado el juicio de proporcionalidad autorizará la intervención si a su juicio es necesaria su adopción, que además, se constituirá en un límite impuesto expresamente al funcionario que resulte autorizado, sometido a un control posterior en el momento de presentar los resultados de la intervención concedida, donde volverá a valorar si la investigación avanza en el camino de descubrir la comisión del hecho delictivo para el que se autorizó. Por su parte, el agente autorizado, si durante el desarrollo de la escucha telefónica descubriera casualmente la posible comisión de otros hechos delictivos que no están autorizados en la resolución judicial, deberá dar cuenta inmediata al Juez para que pueda ampliar la autorización, si lo considera conveniente.

Como hemos dicho anteriormente, uno de los requisitos necesarios para solicitar una intervención de comunicaciones es la concurrencia de

determinados indicios que permitan su autorización. Estos indicios, no podrán consistir en meras sospechas, sino que deben poner de manifiesto hechos objetivos y estar debidamente fundados o avalados por otros datos externos que afiancen esas sospechas, que deben presentarse a la autoridad judicial al momento de la solicitud. Por tanto, deberá efectuarse este análisis *ex ante* y no *ex post* y cualquier medida que se adopte sin este control previo, supondrá una injerencia injustificable en el derecho fundamental que derivará en su ilicitud.

El indicio suficiente fue definido por el Tribunal Supremo en Auto de 18 de junio de 1992 como «indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a las normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar (...) sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho punible objeto de investigación o a través de la intervención telefónica» y ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial a lo largo de los años delimitándolo como uno de los presupuestos materiales que debe contener la resolución judicial que autorice una intervención de comunicaciones, en la que se deben reflejar los datos objetivos o indicios de la comisión de un delito grave y la conexión con las personas investigadas, que deben ser de suficiente entidad para superar la calificación de meras sospechas, llegando a acreditar de forma fehaciente determinados hechos objetivos, en conexión con otros datos reveladores de la posible comisión de los hechos delictivos y de la participación en los mismos de las personas investigadas, sin llegar a adquirir la consideración de los indicios racionales necesarios para el procesamiento²⁰⁸.

²⁰⁸STC 192/2009, de 28 de septiembre, donde hace una síntesis de la doctrina reiterada sobre los indicios, señalando: «En primer lugar, la resolución judicial que acuerde una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención; los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento (...) el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional».

Es decir, deben referirse a hechos concretos y objetivos que fundamenten una sospecha cierta de la comisión de un hecho delictivo de los que pudieran dar lugar a la autorización de una intervención de las comunicaciones. También deben ser hechos que se puedan apreciar de manera lógica por cualquier persona razonable. Así, en algunos casos, en función de la entidad del indicio que se presenta a la autoridad judicial, bastará con señalar alguno de especial relevancia y en otros casos, una suma de indicios de menor intensidad que, en la misma medida, conduzcan al juez instructor a la convicción de la oportunidad de la concesión de la autorización.

Por tanto, deben ser objetivos y deben contener datos que de forma inequívoca alberguen una sospecha cierta sobre determinados hechos, que justifique la adopción de una medida de intervención de comunicaciones, así lo señala la STS 719/2013²⁰⁹, de 9 de octubre.

Así las cosas, ha sido la doctrina la que ha señalado determinados indicios que ha admitido como suficientes para justificar la intervención de comunicaciones, como son la constatación de que las personas investigadas han sido investigadas en otras ocasiones por delitos de la misma naturaleza constándole antecedentes policiales o penales. También se ha admitido la evidente desproporción entre el medio de vida que desarrolla el investigado en relación con los ingresos que se le suponen, particularmente durante la investigación de delitos relacionados con el narcotráfico o blanqueo de capitales (SSTS 31/2008²¹⁰ y 537/2008²¹¹). No bastará con la mera afirmación, sino que habrá de aportarse algún indicio en forma de certificaciones obtenidas de la Agencia tributaria, Seguridad Social o cualquier otro que corrobore la

²⁰⁹STS 719/2013, de 9 de octubre, donde señala que «los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (STS 635/2012, de 17 de julio). Han de ser objetivos “en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin los que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona».

²¹⁰STS 31/2008, de 8 de enero.

²¹¹STS 537/2008, de 12 de septiembre.

situación económica referida.

También se ha considerado por la jurisprudencia como indicio la relación del investigado con personas dedicadas a la actividad del narcotráfico (ATS 2323/2006²¹²), que igualmente, debe ser reforzado con otros indicios, como la constatación a través de seguimientos policiales de que los encuentros son de escasa duración, en lugares apartados, cambio de vehículos en los desplazamientos y seguimiento de diferentes rutas para llegar a un mismo destino, que ponen de manifiesto una conducta en el investigado sospechosa a los ojos de cualquier persona con un razonamiento normal, suficientes para justificar la autorización judicial de la intervención de comunicaciones.

Igualmente se ha considerado indicios suficientes la utilización de varios teléfonos sin justificación aparente de ello, posesión de multitud de tarjetas SIM, utilización de teléfonos públicos siendo poseedor de un teléfono móvil, en definitiva, actuaciones o conductas sospechosas de intentar eludir cualquier vigilancia de sus comunicaciones por parte de la policía (STS 9/2010²¹³).

Esta serie de indicios no pueden considerarse un *númerus clausus*, sino que, lo relevante, será que una persona se comporte de modo anormal sin una justificación racional para ello, por lo que, cualquiera de estas conductas sospechosas, puede constituirse en un indicio que justifique la intervención de sus comunicaciones. Estos indicios, reveladores de alguna conducta delictiva, deben ser analizados en el contexto en el que se produzcan, integrando en su conjunto una sospecha real y objetiva de la comisión de hechos delictivos.

Los indicios se consideran un juicio de probabilidad sobre el delito investigado y la comisión por una persona determinada (STS 153/2015²¹⁴).

²¹²ATS 2323/2006, de 23 de noviembre.

²¹³ STS 9/2010, de 22 de enero.

²¹⁴STS 153/2005, de 18 de marzo donde señala que «es en definitiva un juicio provisional de inculpación que descansa sobre la totalidad de la encuesta judicial ya efectuada. En el caso de la petición de intervención telefónica se está en una fase muy anterior, pues la investigación judicial prácticamente no ha empezado, por tanto los “indicios” justificadores de la petición de intención, se sitúan, como con reiteración ha dicho tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional en una zona intermedia “... son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento...” De la doctrina del Tribunal constitucional en relación con esta cuestión retenemos de la STC 26/2010 (reiterada en la 72/2010) de 27 de abril el siguiente párrafo “... La relación entre la persona investigada y el delito que se manifiesta en las sospechas que, como

Tampoco es necesario que los indicios resulten probados (STS 203/2015²¹⁵, de 10 de marzo).

1.1.3 Identificación del investigado.

El hecho delictivo investigado debe ser atribuido a uno o varios individuos que deben estar identificados. Esta identificación, no es necesario que sea completa en la solicitud inicial, pero deben presentarse datos suficientes para poder identificarlo. Tampoco es necesario que sea el titular de la línea telefónica para la que se solicita la intervención, porque como veremos más adelante, se pueden autorizar intervenciones de teléfonos pertenecientes a terceros, que pueden conocer o no, la actividad delictiva que se investiga. Bastará con que se justifique la necesidad de intervenir un determinado teléfono que utiliza una persona con apariencia de estar cometiendo hechos delictivos concretos. Lo que se interviene son las comunicaciones de la persona investigada y no un teléfono concreto, por lo que bastará con concretar la relación que la persona investigada tiene con el teléfono para el que se solicita la intervención. Por tanto, justificándolo debidamente, podrán ser intervenidos terminales telefónicos públicos o situados en domicilios familiares y que son usados por varias personas, hecho que deberá reforzar el juicio de proporcionalidad que debe efectuar el juez autorizante de la intervención.

1.1.4 Necesidad de la medida.

El secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental constitucionalmente protegido y la autorización de su injerencia solo puede ceder en la investigación de delitos de especial trascendencia, lo que nos conduce a la necesidad de que la investigación que se presenta al juez

tiene declarado este Tribunal, no son circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar el de ser accesibles a terceros, sin lo que serían susceptibles de control, y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona».

²¹⁵STS 203/2005, de 23 de marzo, donde se refiere a esta cuestión diciendo que «(...) naturalmente, no pueden utilizarse datos que no consten en tales oficios, pero tampoco puede exigirse verificaciones añadidas a lo expuesto en el oficio policial; podrán solicitarse nuevos datos, dictando una resolución judicial para que se amplíen los elementos indiciarios expuestos, pero no puede exigirse prueba de los que allí figuran, puesto que de las afirmaciones que consten en el informe policial ha de partir el juez para verificar el juicio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad»

instructor no pueda continuarse por otro medio de investigación menos lesivo al derecho de los ciudadanos investigados. Por tanto, debe ser un medio subsidiario a la utilización de otros medios más respetuosos con los derechos fundamentales y su adopción, solo puede tenerse en cuenta cuando se hayan agotado el resto de vías de investigación y se convierta en el único medio para continuarla.

1.1.5 La fuente de la información inicial. Especial referencia a los confidentes.

La solicitud de intervención de comunicaciones debe especificar la fuente que ha dado lugar a iniciar la investigación policial que se pretende continuar con la intervención, indicando los medios a través de los cuales la ha obtenido. El origen puede ser diverso, pero debe cumplir con la condición de ser objetivo y determinado.

La información procedente de confidentes de la policía podría dar lugar a iniciar una investigación policial, pero en ningún caso, podrá servir para justificar por sí misma una intervención de comunicaciones. Iniciada por esta vía la investigación policial, será necesaria la obtención de otros datos objetivos debidamente contrastados que justifiquen la adopción de la medida por el juez instructor. Por tanto, deberá especificarse en el oficio policial, no solo la confidencia obtenida, sino los datos que la corroboren en forma de auténticos indicios de comportamiento delictivo. La validez de los indicios procedentes de confesiones efectuadas por confidentes policiales deben tratarse como indicios, que deben valorarse en conjunto y en el contexto del resto de las pruebas obtenidas durante la investigación policial (STS 975/2012²¹⁶).

²¹⁶STS 975/2012, de 13 de diciembre, donde señala que «esas informaciones confidenciales pueden sumarse al resto de indicios recabados durante esa investigación que confirmen su fiabilidad. Algunas conductas externas pueden obedecer a mil razones diferentes la mayoría de las cuales no guardan la más mínima relación con una actividad delictiva. Su valoración será ambivalente (signos externos de nivel económico, las maniobras aparentemente evasivas en la conducción). Pero cuando confluyen varias y adquieren plena coherencia y explicación si se ponen en relación con las informaciones confidenciales que la policía relata haber recibido, éste no es un dato neutro: es un indicio más que adquiere mayor valor por esos puntos de confirmación. Mantener relaciones con una persona con antecedentes policiales por tráfico de drogas, o trabajar en una línea aérea son datos

La STS 404/2018 ²¹⁷, sintetiza los elementos necesarios para la valoración de la prueba obtenida con base en la manifestación de un confidente policial, señalando que la prueba del confidente es válida para iniciar una investigación, pero si el confidente no se identifica y declara, esa declaración carece de validez, rechazando por tanto al confidente anónimo como fuente de prueba de cargo, otorgándole a su confesión el valor de *notitia criminis* que exige la corroboración de los hechos revelados por medio de otras pruebas o testigos. Si el confidente mantiene el anonimato, la información obtenida no es válida como medio de prueba, ya que no podrá declarar ni durante la instrucción de la causa ni en el juicio, sometiendo su testimonio al principio de contradicción, lo que supondría una vulneración del derecho de defensa del investigado/acusado que no podría rebatir su testimonio en un interrogatorio de parte. El conocimiento adquirido por la policía de determinados hechos que pudieran ser delictivos a través de un confidente que no se identifica en el atestado, no puede dar lugar al sacrificio de un derecho fundamental como el secreto de las comunicaciones; además, es necesario que previamente se amplíe la investigación, aportando hechos objetivos que justifiquen la adopción de la medida conforme al principio de especialidad, evitando investigaciones prospectivas que desembocarían con toda probabilidad en la nulidad de la resolución en que se adopte la medida restrictiva.

La jurisprudencia del TEDH también ha admitido la utilización de la información obtenida a través de los confidentes policiales, siempre que sean utilizados en el transcurso de una investigación policial, sin que puedan tener acceso al proceso como evidencia legal o prueba de cargo ²¹⁸ y no solo ha de rechazarse su inclusión por esta vía, sino que también ha de rechazarse como indicio directo que sirva de soporte para la autorización de una intervención de comunicaciones. Por tanto, respecto a las informaciones obtenidas por medio de confidentes, podemos decir que pueden utilizarse exclusivamente como medio de investigación policial, como una palanca que sirva para encauzar la investigación por nuevas vías, pero en ningún caso para justificar una

inaptos para determinar una injerencia como la que es examinada. Pero si esa persona antes ha sido señalada por una fuente confidencial como alguien que está valiéndose de su profesión para introducir droga, cobran una nueva dimensión».

²¹⁷STS 404/2018, de 13 de septiembre.

²¹⁸STEDH Sentencia Kostovski, de 20 noviembre 1989.

injerencia al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, ni como prueba de cargo suficiente para sustentar una acusación formal en un procedimiento judicial.

1.2 Situaciones de excepción.

Como ya vimos al analizar el contenido del art. 588 bis b) 1º, «el juez de instrucción autorizará o denegará la media solicitada mediante auto motivado» y lo hará a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial (588 bis b)), por lo que, podemos afirmar que, con carácter general, será necesario el dictado de un auto para la autorización judicial de cualquier medida de intervención de comunicaciones que le presente el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial. Pero esta norma general no es inmutable, por lo que podemos afirmar, que hay situaciones excepcionales que permiten la adopción de esta medida fuera de estos cauces iniciales.

1.3 Acceso policial a datos asociados a la comunicación.

La Policía Judicial, con carácter previo a la solicitud de intervención de comunicaciones, puede necesitar tener acceso a determinada información de interés para la investigación en curso. Analizamos algunos supuestos²¹⁹ y su previsión jurisprudencial.

1.3.1 Acceso al listado de llamadas realizadas desde un terminal telefónico.

Conocida la titularidad de un terminal telefónico es posible que la policía necesite conocer el listado de llamadas realizadas. Estos listados de llamadas contienen datos relativos a la comunicación y duración de las mismas, que son objeto de protección constitucional por pertenecer a la esfera íntima de las personas. No obstante, a pesar del carácter íntimo de estos datos, la injerencia en el derecho a las comunicaciones es menor que la que supone la

²¹⁹RIVES SEVA, A.P.: *La intervención de las comunicaciones...* op. cit., pp. 312 y ss., quien se ocupa del tratamiento de los datos de tráfico, la obtención del listado telefónico, la averiguación del número de la línea telefónica o de los datos numéricos de teléfono, el examen del aparato telefónico, como extensiones del objeto del secreto de las comunicaciones.

intervención en sí de determinada comunicación. De ahí que el juicio de proporcionalidad que justifique la medida, también sea menor. Distinta cuestión es el acceso a los mensajes SMS del mismo terminal, que para el caso de que no hayan sido leídos por el titular, si que gozan de la especial protección del art. 18.3 por formar parte de un proceso de comunicación. Una vez leídos, pasarían a ser documentos en formato digital como lo sería una carta guardada en un cajón después de ser leída (STS 884/2012²²⁰).

Forma parte de los datos asociados a la comunicación el listado de las llamadas entrantes y salientes, por lo que su entrega por parte de las compañías proveedoras de servicios de telefonía, solo podrán facilitarse mediando la resolución judicial correspondiente. Pero puede suceder que, practicada la detención de un individuo, se proceda al examen de las llamadas del teléfono que portara el mismo con el fin de obtener información sobre las llamadas emitidas o recibidas. Debemos concluir que este acceso sería ilegal, como puso de relieve la STC 230/2007²²¹, en la que considera vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones al haberse obtenido la información del teléfono móvil sin la pertinente autorización judicial o consentimiento del propio interesado titular del mismo.

1.3.2 Examen de la agenda de contactos telefónicos.

²²⁰STS 884/2012, de 8 de noviembre, en la que se refiere a la relevancia del momento en que son leídos los mensajes SMS señalando que «por su propia naturaleza y, sobre todo, por el momento en el que se produce, se integraría, no tanto en el contenido del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art 18.3CE), cuanto en el que sería propio del derecho a la protección de datos (art 18.4 CE). Pues bien, la vulneración del derecho fundamental a la protección de dato del acusado se habría producido si ese acceso se hubiera obtenido sin autorización judicial. Ello supondría una flagrante contradicción de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, que en su art. 6.1 exige la autorización judicial a petición de cualquiera de los agentes facultados. Sin embargo, en el presente caso nada de eso ocurrió. El auto de fecha 19 de julio de 2007 contenía en su parte dispositiva una referencia expresa a la cesión de esos datos electrónicos asociados a las comunicaciones telefónicas y telemáticas mantenidas por el recurrente».

²²¹STC 230/2007, de 5 de noviembre, en la que resalta que «dicho acceso no resulta conforme a la doctrina constitucional reiteradamente expuesta sobre que la identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 CE y, por tanto, que resulta necesario para acceder a dicha información, en defecto de consentimiento del titular del terminal telefónico móvil intervenido, que se recabe la debida autorización judicial. Ello supone la imposibilidad de valoración de dicha prueba al tener que quedar excluida del material probatorio apto para enervar la presunción de inocencia, en tanto que obtenida con vulneración de derechos fundamentales del recurrente».

A diferencia de lo que sucede con el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes que gozan de protección del art. 18.3 CE, el acceso a la agenda de contactos queda fuera de esta esfera por no formar parte estos datos del proceso de comunicación en sí mismo²²², por lo que, a pesar de afectar al derecho a la intimidad, no será necesaria la autorización judicial para que la policía pueda examinar el móvil de una persona a la que detienen, de cuyo examen se pueda extraer información valiosa para el desarrollo de una investigación policial. Este caso en concreto se aborda en la STS 1231/2003²²³, donde equipara la agenda de un teléfono móvil a una agenda donde se hacen anotaciones manuales, en cuyo caso, su protección estará amparada por el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE por no pertenecer los datos de la agenda telefónica a los propios de una comunicación entre personas, a pesar de que el teléfono móvil es un artefacto tecnológico cuyo cometido principal es la comunicación.

También el Tribunal Constitucional se ha referido a esta distinción en su STC 142/2012²²⁴, diciendo que «el acceso policial limitado a los datos recogidos en el archivo electrónico o agenda de contactos telefónicos de un terminal móvil -sin afectar al registro de llamadas entrantes y salientes, ni a ningún otro archivo o enlace que pudiera contener el terminal móvil- constituye una injerencia en el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), al igual que lo es la apertura de una agenda en soporte de papel y la lectura de los papeles encontrados en ella (STC 70/2002, FJ9), pues la agenda de contactos telefónicos contenida en un teléfono móvil (entendiendo por tal el archivo elaborado por el titular de dicho teléfono que, como también ya hemos dicho, recoge una relación de números telefónicos identificados habitualmente

²²²CASANOVA MARTÍ, R.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Bosch, 2014, págs. 69 y ss., quien dentro del ámbito y alcance de las intervenciones telefónicas trata los temas del acceso a listados, mensajes de texto, identificación de los datos del aparato telefónico.

²²³STS 1231/2003, de 25 de septiembre, en la que señala que «nuestra jurisprudencia ha afirmado la legitimidad de la indagación en la memoria del aparato móvil de telefonía (SSTS 316/2000 y 1235/2002, de 27 de junio, por todas) en las que se equipara la agenda electrónica del aparato de telefonía con cualquier otra agenda en la que el titular puede guardar números de teléfonos y anotaciones sobre las realizadas y llamadas y otras anotaciones que, indudablemente pertenecen al ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida y que admiten injerencias en los términos exigidos por el art. 8 del CEDH y la Constitución, pues no tiene la consideración de teléfono en funciones de transmisión de pensamientos dentro de una relación privada entre dos personas».

²²⁴STC 142/2012, de 2 de julio.

mediante un nombre) ofrece información que pertenece al ámbito privado de su titular».

El interés público en la prevención e investigación de delitos cede en favor del derecho a la intimidad de la persona a la que se le inspecciona la agenda del teléfono. Pero esta cesión tampoco es ilimitada, ya que deberá ponderarse la proporcionalidad del sacrificio. El hecho de poder acceder a esa inspección del terminal telefónico, no supone que se pueda hacer sin más, si no hay una causa que lo justifique. En la misma STC 70/2002²²⁵, antes reseñada, también el Tribunal Constitucional añade 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*, al igual que el respeto del principio de proporcionalidad».

La LO 13/2015 de reforma de la LECrim se refiere a esta valoración de urgencia en el art. 588 sexies c) 4, donde establece que: «en los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente también de forma motivada revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida»²²⁶.

Este artículo, en consonancia con los 588 sexies, a) y b), ha concretado la posibilidad de registro de los aparatos electrónicos de comunicación de tal manera que, si bien deja abierta la posibilidad de su examen, es necesario que

²²⁵STC 70/2002, de 3 de abril.

²²⁶CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «La reforma procesal. Registro de sistemas informáticos, ampliación del registro a otros sistemas. El registro remoto de dispositivos informáticos (art. 588 sexies y 588 septies Lecrim», *Jornadas de especialistas en criminalidad informática*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, 2016, pág. 8, señala que la resolución judicial debe especificar si se van a efectuar copias de los datos informáticos analizados en el registro, ya que los datos son independientes del aparato que los contiene, o si por el contrario se justifica la incautación del artillero por considerarlo objeto del delito, debiendo razonarse esta aprehensión.

se comunique a la autoridad competente, justificando la injerencia y solicitando su convalidación en cuanto a los datos obtenidos del examen, de cara a la utilización de la información obtenida en el proceso, que no en la investigación policial. Quizás, esta nueva solución adoptada por el legislador sea consecuencia de la conciencia de que los terminales telefónicos hoy en día, no solo son instrumentos para comunicación entre personas, sino que se han convertido en una herramienta que contiene mucha información sobre nuestra vida cotidiana, resultando bastante acertado que se acote de alguna manera la posibilidad de injerencia por parte de la policía judicial en esa esfera íntima de las personas²²⁷.

1.3.3 Utilización de un teléfono no intervenido por agentes policiales.

Una cosa es acceder a determinada información contenida en un teléfono, que puede no tener incidencia directa en el proceso de comunicación y otra, acceder al terminal y utilizarlo de manera directa o indirecta en cualquier proceso que tenga que ver con una comunicación. Estos casos pueden darse, bien realizando una «rellamada» desde un teléfono móvil intervenido a un detenido o mediante el envío de un mensaje SMS. En estos casos, lo relevante es la posible intervención en el proceso de comunicación y la validez del material probatorio obtenido como consecuencia de esa operación. Así, en la STS 207/2012²²⁸, se analiza la utilización del teléfono de un acusado sin la pertinente autorización judicial enviando un mensaje SMS a otros miembros de la organización con el fin de conseguir su detención, justificándolo al considerarlo como un instrumento o medio utilizado para la consecución de un

²²⁷Algunos autores como MORENO CATENA, V. *El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito*, Manuales de formación continuada. CGPJ, Madrid, 2005, pág. 79, ponen de manifiesto que en realidad es la policía judicial la que dirige la investigación, al contar con una estructura y conocimientos más adecuados que aquéllos con los que cuentan los jueces, lo que conduce a la perversión de la dirección de la instrucción en detrimento de éstos, que resulta poco conveniente a efectos de la obtención de pruebas incriminatorias.

²²⁸STS 207/2012, de 12 de marzo, en la que argumenta en este sentido que «se está pues ante una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones que ni alcanza la relevancia de una escucha ni -lo que es más importante- ha trascendido en la obtención del material probatorio de cargo que ha determinado la condena de este recurrente ni de los otros acusados que figuran en la causa. Solo ha tenido repercusión en la ejecución de unas detenciones que, en cualquier caso, resultaban prácticamente inevitables a tenor de la marcha de las investigaciones».

objetivo distinto a lo que propiamente es una comunicación y principalmente, no haber sido relevante como prueba incriminatoria para el investigado.

En cuanto a la obtención del número de teléfono por parte de los agentes actuantes, se ha planteado controversia sobre la validez de un número de teléfono obtenido por la visión directa en la pantalla del terminal por parte de uno de los agentes, en cuyo caso y en la misma línea apuntada hasta el momento, no formando parte del proceso de comunicación, será válida su obtención (STS 1040/2005²²⁹).

1.3.4 Acceso a los mensajes SMS y correo electrónico.

Los mensajes SMS forman parte del proceso de comunicación entre dos personas a través de un teléfono móvil. De ahí, que la propia LO 13/2015 de reforma de la LECrim disipe cualquier duda en cuanto a su inclusión en la protección del art. 18.3 CE, diciendo que «(...) el nuevo texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual (...). La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar a la luz de aquellos principios si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige, además, la interceptación de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional».

La doctrina mayoritaria entiende que el proceso de comunicación concluye cuando el destinatario del mensaje recibe la información y accede a su contenido. No basta con la simple recepción, sino que es necesario que este proceso concluya en todo tipo de comunicaciones, presentándose mayor dificultad de interpretación en las postales y las que transcurren a través de internet, que normalmente no se producen en tiempo real. Algunos autores entienden que se puede entender por finalizada la comunicación cuando el destinatario descarga el mensaje en su dispositivo electrónico, con

²²⁹ STS 1040/2005, de 20 de septiembre, donde señala que «la visión del número emisor que automáticamente aparece en la pantalla del receptor al margen de la voluntad de quien llama, y perceptible por cualquiera que tenga a la vista el aparato no entraña interferencia en el ámbito privado de la comunicación».

independencia de que acceda al contenido material del mensaje²³⁰, criterio que no comparto ya que esta distinción dificultaría enormemente, a efectos prácticos, la formación de pruebas en el proceso penal, ya que siempre quedaría la duda sobre la recepción y por tanto, si se ha completado el tipo delictivo que se estuviera investigando.

La línea divisoria entre la consideración de los mensajes SMS o correo electrónico como parte de un proceso de comunicación o como un simple documento que se encuentra archivado en la memoria de un teléfono, debemos trazarla en el momento en que dicho mensaje es leído²³¹. Así, mientras no ha sido leído forma parte de la comunicación y es objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones. Una vez leído, pasa a ser un documento ajeno a la comunicación, de la misma forma que no forma parte de una comunicación una carta guardada en un cajón y que, en todo caso, su acceso vulneraría el derecho a la intimidad personal²³².

Lo mismo podemos aplicar a los correos electrónicos contenidos en los terminales telefónicos u ordenadores personales. El art. 2.h) de la directiva 2002/58 CE, de 12 de julio del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas define el correo electrónico como «todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública, que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda a mismo». Es decir, a la vista de este concepto, no solo podemos identificar correo electrónico y SMS, sino que además, debemos incluir aquellos que también se encuentren alojados en «la red» o «la nube», que no dejan de ser discos duros de almacenamiento de información que los proveedores de correo ponen a disposición de los usuarios,

²³⁰ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: «Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital, *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI*, Colex, Madrid, 2006, pag. 906.

²³¹ Así lo entiende GARCÍA RUIZ, J.M.: «Correo electrónico y proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 5805, pág. 4.

²³² MARCHENA GÓMEZ, M.: «Dimensión jurídico-penal ... op. cit, pág. 13, donde diferencia según el correo electrónico o mensaje esté escrito pero no enviado, en cuyo caso tiene la protección del derecho a la intimidad, cuando el correo es enviado y hasta el momento de su apertura, que goza de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, y cuando el correo o mensaje es leído y almacenado en un dispositivo, que vuelve a gozar del derecho a la intimidad.

que podríamos considerar como una extensión de la información propia de nuestro terminal.

La circular 1/2013 FGE también se refiere a los mensajes SMS no leídos como parte del proceso de comunicación y en consecuencia de necesaria protección constitucional. Así, considera que los mensajes son «auténticas y genuinas comunicaciones personales, similares a las que se remiten y reciben por correo o telégrafo, pero cuyo vehículo de transmisión en este supuesto es el teléfono, por lo que, de hecho, se trata de una especie de comunicación de una misiva personal efectuada vía telefónica, que no se “oye” por su destinatario, sino que se “lee” al aparecer en la pantalla del aparato y mediante esa lectura se conoce el contenido del mensaje o de la misiva, por lo que resulta incuestionable que esta clase de comunicaciones se encuentran tuteladas por el secreto que establece el art. 18.3 CE».

1.3.5 Obtención del número IMEI o IMSI²³³.

Ambos términos sirven para identificar un terminal telefónico al que se le asigna un número de identificación único, que sirve para identificar cualquier terminal que accede a las redes GSM y UMTS. Ambos códigos proporcionan una información, que junto a la que obra en poder de las operadoras de telefonía, pueden dar lugar a la identificación de la persona que utiliza ese terminal.

La tecnología actual permite obtener este número de IMEI mediante la utilización de dispositivos electrónicos que efectúan un barrido dentro de un determinado radio de acción, por tanto, es necesario estar cerca del terminal telefónico para poder captarlo. El dato obtenido por si mismo no es suficiente para poder identificar al usuario, ya que ni siquiera hace referencia al número de teléfono al que se asocia pero, junto con otros datos derivados de la investigación, pueden dar lugar a justificar una petición y la consiguiente autorización judicial para la averiguación de los usuarios y su intervención telefónica. La captación del número IMEI por parte de la policía no vulnera el

²³³ IMEI (International Mobile Equipment Identity)

IMSI (International Mobile Subscriber Identity)

derecho al secreto de las comunicaciones ya que dicho número no afecta al contenido de la comunicación en sí misma. Además de utilizando dispositivos electrónicos, la policía, en labores de investigación, podrá tener conocimiento de este número identificativo por otros medios como puede ser a través de la observación directa o el interrogatorio a un testigo empleado de una tienda de telefonía que ha atendido al investigado. En estos casos no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, ya que los datos obtenidos no forman parte del proceso de comunicación²³⁴. No obstante, obtenido el número IMEI, será necesaria la autorización judicial para acceder al resto de los datos que obran en poder de las operadoras, que conducirán a la identidad del titular del terminal y al resto de datos anexos al proceso de comunicación.

2 FASE DE INICIO DE LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL.

2.1 Presupuestos de la resolución judicial autorizante. Requisitos.

2.1.1 Requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial.

Examinados en capítulo anterior los requisitos formales que debe contener la resolución judicial autorizante comprendidos en el art. 588 bis c) 3º, en este apartado nos referiremos a los requisitos a los que debe someterse esa resolución judicial, ya que incluso cumpliéndose con todos estos requisitos formales, podría ser nula por adolecer de otros defectos procesales o sobre el fondo del asunto.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la resolución debe atenerse a los criterios afianzados a lo largo del tiempo por el Tribunal Supremo, entre los que cabe destacar los señalados, entre otras, en las SSTS 513/2014²³⁵, y 635/2012²³⁶, a saber:

a) Con carácter genérico los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad

²³⁴ SSTS 109/2015, de 3 de marzo y 459/2014, de 4 de junio.

²³⁵ SSTS 513/2014, de 24 de junio. ROJ 2906/2014.

²³⁶ SSTS 635/2012, de 17 de julio. ROJ 5606/2012.

b) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave, que deben ser accesibles a terceros.

c) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de la persona.

d) Los datos concretos de la actuación delictiva, que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva.

e) La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que la propia policía solicitante ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cuál ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado.

f) el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

En cuanto a los requisitos de forma en que se dictan las resoluciones, la reciente STS 298/2020, a propósito de la falta de firmas en las mismas, así como de la utilización de modelos genéricos, ha puesto de manifiesto que «un auto no firmado no equivale a inexistencia de una decisión judicial. Una cosa es incumplir el mandato del inciso final del art. 248.2 LOPJ o del inciso final del párrafo penúltimo del art. 141 LECrim; y otra, muy diferente, que no exista una decisión adoptada por el Juez competente (...). Ahora bien, lo realmente determinante no es que la intervención telefónica (o cualquier otra decisión jurisdiccional) aparezca en un escrito rubricado por un juez, sino que lo haya decidido un Juez de forma racional y motivada. La firma no es lo que confiere vida jurídica a la decisión». En la misma sentencia, se analiza la extendida utilización de modelos tipo en el dictado de las resoluciones judiciales diciendo que «el uso de impresos y, posteriormente, de la informática ha servido para agilizar la actuación jurisdiccional. Pero a veces degrada también la imagen ofrecida por su uso casi *industrial*. El cúmulo de trabajo lleva a descuidar el esmero exigible en la presentación y adaptación de esos impresos protocolizados sobre los que se insertan los datos diferenciadores a veces con una premura impuesta por el ritmo trepidante que en algunos órganos judiciales impone la sobrecarga de trabajo. Hay que lamentar esas deficiencias formales. Y hay que repudiarlas. Ahora bien, de ellas -por fácil que sea

presentarlas de forma efectista o aparatosa- no cabe inferir sin más deficiencias materiales»²³⁷.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que lo verdaderamente relevante es el aspecto material contenido en la resolución limitadora del derecho al secreto de las comunicaciones, es decir, que la resolución haya sido adoptada por el juez competente, dentro del procedimiento adecuado y que contenga el necesario juicio de proporcionalidad que justifique el dictado de la resolución, dejando en un segundo plano aquéllas irregularidades formales, siempre que no afecte a estos aspectos principales.

2.1.2 Requisitos procesales.

La medida restrictiva de derechos fundamentales, además de cumplir con los requisitos formales contenidos en la ley, de los que se refieren al contenido sustancial de la resolución analizados anteriormente, deben de cumplir otros requisitos de carácter procesal.

La resolución autorizante debe de proceder de un órgano jurisdiccional, pero no de cualquiera, sino del que ostente la competencia objetiva por razón de la materia. Además, debe de adoptarse en uno de los procedimientos penales previstos en la ley, quedando por tanto inicialmente proscrita la adopción de la medida en el transcurso de unas diligencias indeterminadas que pueden quedar fuera del control del Ministerio Fiscal. A este respecto, es muy reiterada la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que ha venido manteniendo que lo procesalmente correcto es dictar la resolución habilitante, que deberá adoptar la forma de auto, en el seno de unas diligencias previas o durante la tramitación de un sumario. No obstante, podría convalidarse la validez del auto autorizando intervenciones telefónicas para el caso de que el mismo contenga una motivación suficiente que justifique la medida y haya sido sometido a control por el Ministerio Fiscal (SSTC 259/2005²³⁸ y 146/2006²³⁹).

²³⁷STS 298/2020, de 11 de junio.

²³⁸STC 259/2005, de 24 de octubre.

²³⁹STC 146/2006, de 8 de mayo.

La Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado mantiene que «la posición del Ministerio Fiscal de garante de la pureza del procedimiento le obliga a oponerse a la posibilidad de que la medida de intervención se acuerde en Diligencias Indeterminadas, debiendo exigir que se haga en el seno de alguno de los procedimientos penales previstos legalmente».

2.2. Autoridad judicial competente.

El Juez que debe autorizar la medida es el de instrucción competente para conocer del procedimiento, sin perjuicio de que pueda ser adoptado por un juez instructor de guardia cuando razones de urgencia aconsejen su adopción, sin perjuicio del juicio de proporcionalidad que inevitablemente debe observar al dictar el auto autorizante.

El proceso, que culmina con una autorización de intervención de comunicaciones (generalmente telefónicas), se inicia con una entrevista por parte de la policía que está llevando a cabo la investigación, bien con el juez instructor que esté conociendo del asunto, si ya se ha iniciado un procedimiento judicial, o bien con el Juez de guardia que resulte competente territorialmente. Tras una entrevista personal y directa entre juez y policías, en la que le expondrán las investigaciones que están llevando a efecto y la necesidad de acudir a la intervención telefónica para continuar con la investigación, al no existir otros medios menos invasivos para la intimidad del investigado, lo habitual es respaldar los hechos aducidos por la policía con el correspondiente atestado policial, en el que se pongan de manifiesto todos los elementos que el juez necesita para dictar la resolución acordando o denegando la intervención telefónica.

Como quiera que este juicio de valor que determina la proporcionalidad de la medida corresponde a la esfera íntima del pensamiento del que la adopta, nos podemos encontrar con supuestos en que, para el mismo caso, un juez puede considerarlo digno de relevancia suficiente para dictar el auto, mientras otro no ve motivos suficientes. De ahí, que siendo conocidos en la práctica forense jurídica los distintos niveles de exigencia de ciertos jueces en comparación con otros, es utilizado por la policía para acelerar o conseguir el auto autorizante, presentándolo al juez que consideran más adecuado en el momento en que está de guardia y resulta competente para acordar la medida.

Tampoco es presupuesto inhabilitante el haber presentado anteriormente la misma solicitud que ha sido rechazada a otro juez distinto, ocultándose con la finalidad de intentar conseguir otro resultado más acorde a los intereses de la policía solicitante. Esta práctica en principio no está prohibida, ya que no contradice ninguna norma procesal ni derecho fundamental. Así, mientras no esté abierto un proceso judicial penal, los distintos jueces de guardia de una población comparten la misma competencia objetiva, territorial y funcional (STS 8/2015²⁴⁰).

En el caso de reiteración de la solicitud de intervención telefónica por los cuerpos policiales en distintos órganos judiciales, ocultando la denegación anterior con el correspondiente sobreseimiento de actuaciones, sin ofrecer datos que pudieran arrojar nuevos indicios que justificaran la adopción de la medida, sí que puede conducir a la nulidad de la prueba obtenida²⁴¹. En este caso, la STS 740/2012²⁴² entiende que esta ocultación al segundo juez de las diligencias practicadas en primer término, con la resolución de archivo adoptada en la que se incluye la valoración de los datos disponibles, impide al segundo juez hacer una auténtica valoración de las circunstancias concurrentes para establecer la proporcionalidad de la medida que vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones. Lo mismo cabe oponer para los autos en los que se acuerden las prórrogas de las intervenciones.

²⁴⁰STS 8/2015, de 22 de enero.

²⁴¹ STS 100/2014, de 18 de febrero. ROJ 841/14.

²⁴²STS 740/2012, de 10 de octubre. ROJ 6147/2012, en la que señala que « (...) las mismas unidades policiales, a pesar del dictado de un auto de sobreseimiento provisional por el Juzgado que venía conociendo de la investigación, transcurrido un breve periodo de tiempo y sin que consten cuales son esos datos objetivos nuevos que hubieran permitido reabrir la instrucción provisionalmente sobreseída o bien la aparición de otros ilícitos desvinculados de aquellos cometidos por todos o algunos de los sujetos implicados en la causa, se dirige a otro órgano judicial, sin poner en su conocimiento la existencia de esa anterior instrucción, provocando así un nuevo proceso en relación con las mismas personas y los mismos hechos presuntamente delictivos (...) en definitiva al haber ocultado el resultado de la instrucción seguida en este juzgado, en particular la denegación de las prórrogas interesadas en el oficio policial (...), impidió al juzgado de instrucción (...) el debido control de la naturaleza, conveniencia y oportunidad de las intervenciones telefónicas acordadas, por lo que cabe concluir que se vulneró la garantía constitucional al secreto de las comunicaciones pues a través de estas intervenciones telefónicas y por las circunstancias de ocultación que las posibilitaron, se trataba, en realidad de mantener a través de su reanudación, sin ello conocerlo el juzgado que las autorizó, una anterior investigación dándose involuntaria cobertura a una investigación prospectiva sin contar con base objetiva para ello, al basarse en no desvelarse que lo pedido ya había tenido una respuesta desestimatoria que culminó en el cierre provisional de la misma».

No ocurre lo mismo si la unidad policial no oculta al segundo juez las actuaciones del primero, ya que en tal caso éste sí puede ajustar el juicio de proporcionalidad para la adopción de la medida con todos los elementos de juicio necesarios. No olvidemos que, como hemos dicho antes, este juicio de valor afecta a la esfera íntima del juzgador y por tanto es susceptible de variar según el individuo a cuyo juicio se somete (STS 740/2012²⁴³).

En cuanto a la competencia atribuida al juez determinado por la Ley²⁴⁴, en virtud de las normas de reparto de la localidad correspondiente, conviene aclarar que las mismas son unas reglas o criterios internos que adoptan los jueces para el reparto de asuntos en las localidades donde existen varios de la misma clase. Todos ellos tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional, por lo que, en principio, no tienen repercusión en cuanto a la atribución del asunto al juez predeterminado por la ley. La finalidad de las normas de reparto entre los distintos órganos es la distribución de la carga de trabajo entre los que tienen la misma competencia objetiva y funcional.

Todo este sistema tiene visos de cambio en un futuro cercano a la vista de los anuncios, cada vez más insistentes, del cambio de la dirección de la instrucción penal al Ministerio Fiscal, con la introducción del Juez de Garantías. Como todo sistema tiene sus ventajas e inconvenientes, pero para el tema que nos ocupa respecto al papel de los distintos operadores que intervienen en el proceso de adopción de una medida de intervención de comunicaciones, tengo

²⁴³STS 740/2012, de 10 de octubre, en la que pone de manifiesto que « (...) menos hay encubrimiento o actuación torticera o de mala fe si el órgano policial investigador pone de manifiesto al juzgado desde un principio la existencia de una investigación anterior, que se tomo como antecedente o referente. Es el juez a quien corresponde, si aprecia identidad de objeto, remitir las actuaciones al juzgado anterior para su incorporación a las diligencias originales ».

²⁴⁴STS 400/2017, de 1 de junio. ROJ 2800/2017, en la que reiterando la jurisprudencia reiterada de la Sala al respecto expresa que «... la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la misma competencia entre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. Este derecho únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebidamente o injustificadamente al órgano al que la ley atribuye su conocimiento, manipulando el texto de las normas de distribución de competencia con manifiesta arbitrariedad -En este sentido, es también reiterada la doctrina de esta Sala de lo penal, según la cual la infracción de las normas de reparto no da lugar a la vulneración de este derecho fundamental, por cuanto son disposiciones de carácter interno que no tienen por finalidad establecer la competencia, sino regular la distribución del trabajo entre órganos jurisdiccionales que tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional».

el convencimiento de que incluso manteniéndose el sistema judicial actual con la instrucción dependiente del juez, sería conveniente dar un papel más preponderante al Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad y del bien público. Entiendo que la investigación de cualquier delito debe ser llevada siempre por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en definitiva Policía Nacional y Guardia Civil, como encargados de la prevención e investigación de los delitos. Nunca he alcanzado a comprender el porqué cuando se investiga un delito de los llamados “de telediario” por el especial seguimiento que del mismo se hace en los medios de comunicación, parece llevarse la investigación por el juez, mientras que respecto de cualquier otro delito sin repercusión es la policía la que investiga. La capacidad de un juez de dirigir una investigación es inversamente proporcional a la dificultad técnica del delito investigado. Entiendo que en delitos referidos a blanqueo de capitales, corrupción política, evasión de impuestos y tráfico de influencias, en los que siempre parece ser un juez el que dirige la investigación, lo cierto es que se necesitan unos conocimientos técnicos de tal entidad que solo la Policía Judicial puede dedicar personal para avanzar en la investigación. Por eso, mi convencimiento se dirige a la necesidad de una redefinición de las funciones de la policía judicial en cuanto a la efectiva dirección de la investigación y así, en el campo del derecho al secreto de las comunicaciones, la solicitud de adopción de medidas restrictivas de este derecho, debe ser presentada al Ministerio Fiscal como defensor de lo público y garante de la legalidad, el cual, advertido el cumplimiento de los requisitos necesarios para su adopción, propondrá su adopción al Juez instructor (o futuro juez de garantías en su caso), el cual efectuará el juicio de proporcionalidad que justifique la adopción concediéndola o denegándola.

Con este sistema, cada uno de los intervinientes en el proceso cumple realmente con su cometido y función. La Policía Judicial investiga los delitos con la libertad que necesariamente debe de tener siempre dentro de los márgenes de la Ley. El Ministerio Fiscal, asuma o no la instrucción de las causas criminales, se erige en defensor de lo público (no olvidemos que el *ius puniendi* pertenece al Estado) y el Juez de Instrucción (o de garantías si llegara el caso), se ocupa de que en todo el proceso se han observado escrupulosamente los derechos fundamentales de los ciudadanos y que la medida es proporcionada a los resultados que se pretenden obtener en función

de los derechos en juego (juicio de proporcionalidad).

2.3 Competencias del Ministerio Fiscal durante la Instrucción.

Esta posibilidad, sobre el papel, ya la contempla la LECrim. Así, en el art. 773.2, establece que:

«2. Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos».

Se refiere el anterior artículo a una investigación preliminar, previa a la incoación de diligencias judiciales, pero atribuye claramente al Ministerio Fiscal todas las competencias relativas a una indagación sobre la comisión de hechos delictivos y de sus participantes, eso sí, a salvo aquellas diligencias que supongan una injerencia en derechos fundamentales como el secreto a las comunicaciones para cuya adopción es necesaria una resolución judicial habilitante por imponerlo expresamente la Ley. Esta atribución discurre en la

línea apuntada por un sector de la doctrina²⁴⁵ que aboga por la dirección de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal y la conversión del Juez Instructor en el llamado «Juez de Garantías», al estilo de otros sistemas procesales penales europeos. Este proceso de atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción del procedimiento penal, sigue una senda que parece sin retorno. Lo expresa perfectamente la profesora FUENTES SORIANO²⁴⁶ al decir que «reforma tras reforma, asistimos a una desapoderación del Juez Instructor respecto de la dirección de todas aquellas actuaciones que, aún teniendo lugar en la fase instructora no son estrictamente judiciales. Así, o bien las mismas pasan a engrosar el listado de competencias de la fiscalía o bien el de la policía judicial».

2.4 Motivación del auto de intervención comunicaciones.

Ya analizamos anteriormente la necesidad de motivación del auto que autoriza la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, siguiendo la doctrina reiterada el Tribunal Supremo, que tiene declarado insistentemente «que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda (...) y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto al derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida (...)».

En la práctica es muy común en los órganos judiciales al momento de dictar resoluciones el acudir a formularios o modelos que facilitan el trabajo en la oficina judicial. A este respecto, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado en alguna ocasión (STS 489/1997²⁴⁷) que consideró suficiente motivación «cuando explícita o implícitamente se conoce la razón y el porqué del acuerdo, aunque venga expuesta en la forma ciertamente repudiable del

²⁴⁵ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO Coords.: *La Instrucción por el fiscal en un nuevo proceso penal, Nuevos retos de la justicia penal*; La Ley, 2008, págs 168 y ss.”

²⁴⁶FUENTES SORIANO, O.: *Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso*. LA LEY15980/2011, doctrina que forma parte del libro *La reforma del proceso Penal*. edición 1, Editorial La Ley, Madrid, Abril 2011.

²⁴⁷STS 489/1997, de 11 de abril.

impreso o de la resolución tipo». Igualmente, en la STS 227/1999²⁴⁸, recuerda la línea jurisprudencial mayoritaria que admite los formularios impresos, pero recomienda «que se añadan razonamientos *ad hoc*, con objeto de individualizar cada una de las resoluciones adoptadas, aunque la ausencia de fundamentación fáctica puede convalidarse por remisión al contenido del oficio de la policía judicial, en el que se contienen los detalles y antecedentes por los que se solicita la decisión judicial».

Esta remisión genérica al oficio o atestado policial ha sido objeto de debate por la doctrina y jurisprudencia desde mucho tiempo atrás, estando actualmente aceptado ante la reiteración de la Sala II del Tribunal Supremo la convalidación del auto autorizante de la intervención telefónica que se apoya en la remisión al oficio policial (STS 55/2020)²⁴⁹ que contiene las razones que hacen llegar al juez a la convicción de la proporcionalidad de la medida (STS 113/2020)²⁵⁰. No obstante, esta remisión debe ceñirse al aspecto fáctico del contenido del oficio, ya que la valoración de los hechos a que se refiere debe necesariamente corresponder al juez. Serán los hechos que contenga el oficio policial los que, constituidos en el elemento indicativo de la comisión de un delito de suficiente relevancia para la autorización de la injerencia en el derecho fundamental en juego, determinen un razonamiento mayor o menor de la resolución que se adopte, ya que cuanto más relevantes sean los hechos, parece menor la necesidad de justificación de la medida. Como Señala la

²⁴⁸STS 227/1999, de 20 de febrero.

²⁴⁹STS 55/2020, de 18 de febrero, en la que se señala que «Si bien es cierto que la motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (STS núm. 636/2012, de 13 de julio), es el caso que la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención (STS núm. 248/2012, de 2 de abril), contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (doctrina jurisprudencial ya citada, por todas STC 72/2019, de 18 de octubre). Resultando en ocasiones redundante que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente la totalidad de lo narrado extensamente en el oficio o dictamen policial que obra unido a las mismas actuaciones, siendo más coherente que extraiga del mismo los indicios especialmente relevantes (STS núm. 722/2012, de 2 de octubre)».

²⁵⁰STS 224/2020, de 11 de marzo, dice al respecto que «nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad».

Fiscalía General del Estado²⁵¹ «desde otro punto de vista, las deficiencias, irregularidades y omisiones que pudiera contener la solicitud inicial no tienen por qué viciar la medida en los casos en que no se incorporen a la resolución»

El Tribunal Constitucional también ha admitido la motivación de los autos de intervenciones telefónicas por remisión al oficio policial, entre otras la STC 123/1997²⁵², que consideró suficiente, aunque escueta, la referencia hecha en el auto «a una operación de venta de cocaína, que se explicita en el correspondiente informe de la Guardia Civil, con lo cual la motivación que se contiene en dicha resolución se efectúa por remisión con relación al informe indicado». Reitera en otras sentencias el Tribunal Constitucional que «aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva» (SSTC 299/2000²⁵³, y 26/2006²⁵⁴ entre otras).

Aborda el Tribunal Supremo la falta de suficientes indicios en el auto por el que se autoriza una intervención telefónica y su relación con las pruebas derivadas de la obtenida inicialmente con esta causa de nulidad en la STS 811/2012²⁵⁵. De esta sentencia deducimos que, cuando la resolución judicial que autoriza la intervención de las comunicaciones, en concreto las telefónicas, resulte afectada de nulidad por una falta de indicios suficientes, a pesar de

²⁵¹Circular 1/2019 de la Fiscalía General del Estado ... op. cit.

²⁵²STC 123/1997, de 1 de julio.

²⁵³STC 299/2000, de 11 de diciembre.

²⁵⁴STC 26/2006, de 30 de enero.

²⁵⁵STS 811/2012, de 30 de octubre, en la que señala que «desde la perspectiva externa, aunque la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, de lo expuesto en la STC 81/98 se desprende que cuando no nos encontremos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni ante una intervención acordada por resolución absolutamente inmotivada, sino ante una resolución judicial en que la expresión de sus fundamentos justificativos haya sido declarada insuficiente, la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones puede quedar satisfecha sin que resulte necesario extender dicha prohibición a las pruebas derivadas».

cumplir con el resto de los requisitos formales que debe contener, no afectará a las pruebas derivadas de aquella, cuestión que resulta particularmente significativa, ya que se niega la validez de la prueba matriz y sin embargo se considera la posibilidad de la validez de las derivadas. Resulta bastante discutible a mi entender por entrar en directa colisión con la prohibición del art. 11.1 de la LOPJ.

Más recientemente, el Tribunal Supremo en SSTS 55/2020²⁵⁶ y 113/2020²⁵⁷, se ha referido a los indicios que deben servir de base para el dictado de una resolución de intervención telefónica «no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior», añadiendo que «han de ser objetivos en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona».

2.5 Prórrogas de las intervenciones de comunicaciones.

Las prórrogas de las intervenciones telefónicas autorizadas, deben de cumplir con los mismos requisitos que los requeridos en la solicitud inicial en cuanto al contenido de la resolución autorizándola. Pero en este caso, es necesario hacer una valoración del resultado producido como consecuencia de la intervención inicial para que, a la vista del mismo, de forma fundada, proceder bien a su ratificación, o a su denegación y alzamiento de la medida.

²⁵⁶STS 55/2020, de 18 de febrero, añade además, que «el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC 14/1991, 175/1992, 105/1997, 224/1997), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (STC 165/1999, de 27 de septiembre) y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, y 173/2003, de 29 de septiembre)».

²⁵⁷STS 113/2020, de 11 de marzo.

Tampoco es necesaria una comprobación por parte del juez de los hechos que se le presentan, basta con que objetivamente revelen la evidencia de la actuación criminal que se investiga, confirmando las sospechas iniciales o corroborando los indicios delictivos que se presenten suficientes para, valorada nuevamente la proporcionalidad de la medida, se prorrogue mediante una nueva resolución judicial que deberá adoptar la forma de auto (STS 1092/2010²⁵⁸).

El control judicial es un requisito esencial para la autorización de la medida y necesario para su validez. Su falta determinará la nulidad por suponer una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones. La falta de control equivale a la libertad de la Policía Judicial para poder ejecutar la medida a su antojo, cuestión que, como no puede ser de otra manera, no puede darse. El juez que la acuerde debe conocer de manera precisa el desarrollo de la misma y los resultados obtenidos, que se verificará mediante la dación de cuenta regular de estos extremos por parte de los funcionarios autorizados (STS 40/2009²⁵⁹). Esta doctrina ha sido incorporada a la LECrim en la reforma operada por LO 13/2015 en el art. 588 bis g).

También la jurisprudencia (STS 719/2013²⁶⁰), se ha referido a este

²⁵⁸STS 1092/2010, de 9 de diciembre, donde expresa que «respecto de las resoluciones que acuerdan las prórrogas de intervenciones previamente acordadas, tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional han señalado la necesidad de que el Juez cuente con datos objetivos que aconsejen el mantenimiento de la medida. Es claro desde esa perspectiva, que la restricción del derecho solo puede mantenerse si la intervención anterior arroja resultados sugestivos de la comisión de delito, debiendo alzarse si tal cosa no se obtiene».

²⁵⁹STS 40/2009, de 28 de enero, en la que señala que «(...) todas las resoluciones judiciales iban precedidas por informes policiales que relataban con precisión el resultado de la observación. En todos los autos de intervención o prórroga se indicaba la obligación de la Policía de aportar la transcripción de las conversaciones y cintas originales. En las actuaciones consta la remisión por la Policía de las transcripciones y de las cintas, así como las diligencias de recepción. Las cintas llegaban al juzgado con posterioridad a la prórroga de las intervenciones, pero ese hecho carece de trascendencia -según la jurisprudencia constitucional, ver a modo de ejemplo STC 205/2005- siempre que el Juez disponga de puntual información sobre su progreso y desarrollo, como hemos afirmado».

²⁶⁰STS 719/2013, de 9 de octubre, en la que señala que «basta que el auto que acuerda inicialmente las intervenciones establezca un sistema de dación de cuenta. El hecho de que no se reitere la mención expresa del sistema de dación de cuenta en cada uno de los autos que prorrogan temporalmente la intervención es irrelevante, a los efectos de la nulidad de las intervenciones, porque dicha prórroga, encomendada al mismo equipo policial que realiza las intervenciones desde el momento inicial, se concede obviamente en las mismas condiciones que las intervenciones que se vienen realizando. Cuando se amplía temporalmente una intervención ya acordada, o se extiende a otros números telefónicos, es obvio que se mantienen las mismas exigencias de dación de cuenta y control, sin

aspecto de particular importancia que afecta a la posible nulidad de la intervención y determinó que lo relevante es que en la resolución habilitante se/ disponga el mecanismo de dación de cuenta por parte del cuerpo policial autorizado. Esta dación de cuenta a la autoridad judicial del resultado de la intervención, debe producirse dentro de los plazos que se fijan en la resolución que la autoriza. Su incumplimiento, en principio, no afecta a la validez de la intervención por considerar que solo es una infracción procesal (STS 90/2010²⁶¹), que no afecta al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

En el auto autorizando la prórroga no es necesaria una nueva motivación completa como en la inicial, sino que bastará con justificar la necesidad de autorizar la prórroga de la medida, que no obstante, deberá contener un razonamiento suficiente justificado y normalmente una remisión al control judicial de la investigación en curso (STS 298/2020)²⁶².

2.6 Traslado al Ministerio Fiscal.

El art. 588 bis c) 1º determina claramente que, con carácter previo a la adopción de la medida, debe oírse al Ministerio Fiscal al señalar que «el juez

necesidad de redundantes reiteraciones».

²⁶¹ STS 90/2010, de 5 de febrero, donde resalta que «por lo que se refiere, por otra parte, al incumplimiento por los funcionarios de los plazos establecidos en la autorización judicial para aportar al Juzgado los sucesivos resultados de las «escuchas», considerados por la Audiencia como infracción del debido control, con la consecuencia de la nulidad probatoria de tales frutos obtenidos mediante la práctica de la diligencia, hemos de corregir nuevamente tal criterio, no sólo porque esas irregularidades tan sólo tendrían, en todo caso, una mera trascendencia de carácter procesal y en ningún caso constitucional, sino porque, además, constan en las actuaciones las continuadas remisiones al órgano jurisdiccional de las grabaciones obtenidas que, aunque no ajustadas a los referidos plazos, tampoco supusieron reacción alguna por parte del Juez habilitante que, en definitiva, pudo seguir en tiempo razonable la evolución de las diligencias llevadas a cabo, que es, en definitiva, la esencia de la necesidad de control por parte de la Autoridad judicial».

²⁶² La STS 298/2020, de 11 de junio, resalta que «no sea exigible cada vez que se acuerda una prórroga o una intervención volver a exponer una teoría general de las medidas injerentes en el ámbito penal; o lo que ya se expuso al justificar las primeras intervenciones; o reiterar lo que el informe policial expone, o volver a repetir todos los indicios ya acumulados y que obran en las investigaciones.

Las resoluciones de ampliaciones y prórrogas de unas intervenciones de teléfonos, no pueden ser examinadas aisladamente. Se insertan en una secuencia de la que no puede prescindirse para valorar su fundamento. La prolongación de las escuchas o extensión a otras líneas han de ser analizadas en un contexto: permanecen vivos los indicios iniciales que determinaron la intervención, que no han sido desvirtuados y que han sido confirmados o al menos no desmentidos por las escuchas».

de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal». Por tanto, presentada la solicitud policial, incoado el preceptivo procedimiento penal en forma de diligencias previas o sumario, el primer trámite es el traslado de la solicitud al Ministerio Fiscal para su informe, salvo que haya sido él mismo el que haya interesado la adopción de la medida. Lo mismo cabe aplicar para las prórrogas que se soliciten.

Este novedoso trámite no se contemplaba expresamente con anterioridad a la reforma de la LECrim. No obstante, siempre ha sido un trámite habitual al momento de dictar cualquier auto que afecte a los derechos fundamentales de las personas, siguiendo el criterio al respecto del Tribunal Supremo, que como siempre, venía a completar las lagunas o vacíos legales en la materia. Entre otras podemos citar la STS 722/2012²⁶³, en la que declara que «el instructor, reforzando su imparcialidad, interese dictamen del Ministerio Público antes de acordar directamente, por la mera solicitud policial, una resolución que afecta de un modo muy relevante a los derechos constitucionales del imputado, dada la condición del Ministerio Fiscal como parte acusadora en el procedimiento y por analogía con lo que sucede con las medidas cautelares restrictivas de libertad que solo pueden acordarse a instancia de una parte acusadora». En similares términos se manifestó la STS 248/2012²⁶⁴.

Por contraposición a esta última sentencia, habiéndose introducido expresamente en la ley el trámite de traslado de la petición al Ministerio Fiscal, cabría oponer la nulidad del auto autorizante para caso de haberse omitido. Pero no obstante, si una vez dictado, se notifica inmediatamente al Ministerio Fiscal, sin que se recurra por el mismo, parece difícil de sostener jurídicamente

²⁶³ STS 722/2012, de 2 de octubre.

²⁶⁴ STS 248/2012, de 12 de abril, sitúa «al juez en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía e los derechos fundamentales de los ciudadanos, que en el ejercicio de esta función constitucional, atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales, por lo que en lugar de decidir *per saltum* acordando la intervención telefónica directamente a instancia de las fuerzas actuantes, debe hacerlo preferentemente previo informe debidamente motivado del Ministerio Fiscal, que ejercita la acción pública en el proceso, lo que facilitaría la decisión para la propia responsabilidad judicial según se ha constatado lamentablemente en algún proceso reciente. Pero este dictamen previo no está expresamente prevenido como preceptivo por la LECrim, por lo que su ausencia no determina la nulidad de la intervención».

la invalidez de las pruebas que resulten de la intervención practicada, encontrándonos más bien con una irregularidad procesal que no debe afectar la validez del auto.

En cuanto a las prórrogas de intervenciones, el legislador no ha introducido en los mismos términos el trámite previo a la adopción de la medida, pero los mismos fundamentos que justifican el trámite de audiencia al Ministerio Fiscal al momento de su adopción, parecen adecuados para seguirse al dictar la resolución de su prórroga.

La Circular 1/2013, de la Fiscalía General del Estado, ya apuntaba que «es pertinente y conforme con el papel que la LECrim asigna al Fiscal como garante y protector de los derechos fundamentales. En los casos en los que se dé traslado a tales efectos los Sres. Fiscales habrán de evacuar el dictamen dentro del servicio de guardia, conforme al principio de celeridad y cumplimentando las exigencias que en cuanto a motivación le impone la Instrucción n.º 1/2005 de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal».

El propio Tribunal Constitucional ha abordado esta problemática, en la STC 259/2005²⁶⁵, donde resalta que ante la falta de notificación de los autos en los que se acordaron las intervenciones telefónicas, lo verdaderamente relevante, no es la notificación en sí de la resolución, sino el someter al control del Ministerio Fiscal, como garante de la legalidad, el auto en el que se acuerda una injerencia en un derecho fundamental.

2.7 Control del resultado de la intervención.

Además del control inicial de la resolución, atribuido inicialmente al Ministerio Fiscal, abordamos ahora el control del resultado de la ejecución de

²⁶⁵STC 259/2005 de 24 de octubre, donde señala que «junto al defecto de motivación de las resoluciones judiciales del que se ha dejado constancia en los fundamentos jurídicos precedentes, por sí solo suficiente para declarar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, es apreciable también, como causa concurrente de la lesión de este mismo derecho, la falta de notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones judiciales que autorizaron las intervenciones telefónicas referidas, lo que ha impedido a aquél ejercer la función de la defensa de los derechos de los ciudadanos -art. 124-1CE-».

la medida de intervención de las comunicaciones. Para la plena efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones, no solamente observaremos el cumplimiento de los requisitos en cuanto a la autorización judicial de la intervención, sino que además, habrá de observarse el cumplimiento de la ejecución de la medida con arreglo a lo dispuesto en el auto respecto a la duración de la medida, la comunicación al juez de los resultados obtenidos y en definitiva de los avances de la investigación. La falta de este control afecta al derecho al secreto de las comunicaciones. Así, en el ATS de 18 de junio de 1992 se mantuvo que «el control judicial en la práctica de la intervención habrá de hacerse mediante un examen de las conversaciones grabadas en períodos razonables para comprobar la progresión de la investigación policial, decidiendo la necesidad o no de continuar sucesivamente, a través de prórrogas, la intervención-observación, que habrá de tener también un límite razonable en el tiempo siguiendo los principios de la LECrim.» e igualmente el Tribunal Constitucional ha establecido que la falta de control da lugar a la lesión del derecho «si no se fijan períodos para dar cuenta al Juez de los resultados de la intervención (STC 82/2002²⁶⁶) o si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación».

También deberán observarse las cuestiones relativas a la entrega de los soportes que contienen las conversaciones para su custodia como material probatorio y su puesta a disposición de las partes para el cotejo con las transcripciones que se hayan efectuado e incorporado al proceso. Estas posibles irregularidades posteriores, afectan directamente al derecho a un proceso con todas las garantías, ya que afectan a la incorporación de las pruebas al proceso (STC 9/2011²⁶⁷).

Para el control judicial de las prórrogas de intervenciones telefónicas no será necesario escuchar todas las cintas con las conversaciones grabadas, bastará con que la solicitud de ampliación que presente la policía para el

²⁶⁶STC 82/2002, de 22 de abril.

²⁶⁷STC 9/2011, de 28 de febrero, donde se expresa que en «todo lo referente a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues no es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna la garantía de control judicial».

mantenimiento de la medida, aporte datos suficientes que permitan al juez fundamentar nuevamente la proporcionalidad de la continuación de la medida, a cuyo convencimiento puede llegar simplemente mediante el acceso a la transcripción de las conversaciones intervenidas e informes de la unidad policial que dirige la investigación, si bien las cintas deben ser acompañadas a la solicitud por si fuera necesario acceder al conocimiento directo de las mismas.

En cuanto a las transcripciones, siendo innecesaria la transcripción íntegra de las conversaciones grabadas, se impone la obligación de aportarla en los pasajes que se consideren de interés a criterio policial, aunque sea de modo fragmentario. Con anterioridad a la reforma, no existía un precepto legal que obligara a la Policía Judicial a la transcripción mecanográfica de estos pasajes, aunque en la práctica forense eran aportados siempre, cuestión que pasa a ser ahora de obligado cumplimiento por imposición legal. Otra cuestión es el contenido de estas transcripciones, planteándose si las mismas deben ser literales al contenido de la conversación, o bastan resúmenes de las mismas. No es cuestión menor esta, ya que a mi modo de ver, un resumen implica obligatoriamente una mayor o menor labor de interpretación de la conversación de dos interlocutores y ésta, no deja de ser una interpretación del material probatorio que, inicialmente, corresponde al juez instructor cuando se trata de valorar la oportunidad de la concesión de una autorización o prórroga de una medida o, en su caso, al Juez de lo Penal en el acto del plenario, por lo que considero que estos pasajes deberían transcribirse literalmente.

2.8 Intervención de comunicaciones en el extranjero.

La intervención de comunicaciones puede producirse en el seno de una investigación policial en país extranjero, planteándose la cuestión de si dicha intervención puede ser considerada válida para su uso en un procedimiento español. Esta intervención se habrá autorizado, o mejor se habrá llevado a efecto según la legislación del país donde se realiza, de tal manera que, cumpliendo con los requisitos que esa normativa prevea, puede que no sean exactamente los mismos que interesan a la legislación española y por tanto a sus tribunales.

En el ámbito de la Unión Europea las intervenciones de comunicaciones se desarrollan en un marco normativo específico, por un lado el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 del Consejo de Europa ratificado por España el 18/8/1962 y en vigor desde el 16/11/1982. Por otra parte, con una regulación más concreta de las intervenciones de telecomunicaciones el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000. En concreto, este último contempla los casos en que en el marco de una investigación conjunta entre varios países de la Unión Europea se considere conveniente, o en definitiva se acuerde la intervención de comunicaciones en uno de los países, con el consiguiente efecto en el resto de países intervinientes en la investigación. Con posterioridad a este Convenio, en el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 1/mayo/2014 se publicó la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal, dedicando dos artículos (30 y 31) a la intervención de telecomunicaciones, con un contenido idéntico al Convenio, pero mecanizando el procedimiento de la bautizada como Orden Europea de Investigación (OEI en adelante), incluyendo anexos con los apartados a cumplimentar en un impreso, tanto para la solicitud de cualquiera de los distintos supuestos de investigación, como para la notificación de investigación a otros países.

2.8.1 El Convenio de Bruselas de 29 de mayo de 2000.

En el BOE de fecha 16/10/2003, se publicó la Declaración para la aplicación provisional del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, en el que expresamente se declara que el Estado español asume la aplicación del mismo a partir de los noventa días de la fecha del depósito de dicha declaración. El mismo, dedica el Título III a la «Intervención de telecomunicaciones», comprendiendo los arts. 17 al 22, en los que se refiere al mecanismo para la solicitud y práctica de intervenciones de comunicaciones en los países firmantes del acuerdo.

En el art. 17 se delimita las autoridades competentes para ordenar una intervención de telecomunicaciones. Esta referencia no es superflua, ya que

debemos partir de que en los distintos ordenamientos jurídicos europeos se vertebran una pluralidad de figuras jurídicas o autoridades que pueden no tener la misma competencia, como puede suceder en el distinto papel que desempeñan el Ministerio Fiscal y los Jueces, e incluso dentro de estos los que tienen la competencia atribuida por Ley según la demarcación y materia. Así, se determina en el Convenio que «a efectos de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 20, se entenderá por «autoridad competente» la autoridad judicial o, cuando las autoridades judiciales no posean competencias en el ámbito que abarcan dichos artículos, una autoridad competente equivalente(...)». Es decir, para el caso de que la solicitud de intervención de telecomunicaciones provenga de un país en el que la competencia para solicitar la intervención esté atribuida al Ministerio Fiscal, será válida la petición siempre que esté declarado por ese país al momento de la firma del acuerdo como autoridad en materia penal, incluyéndolas en el art. 24²⁶⁸ apartado 1. En el BOE de fecha 12/12/11 España modificó la declaración relativa al artículo 24 del Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, con el fin de designar las autoridades que se considerarán autoridad judicial, y que son las siguientes según la declaración:

«Al artículo 24. A los efectos del presente Convenio, serán consideradas como autoridades judiciales:

- a) Los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria;
- b) Los Secretarios Judiciales;
- c) Los miembros del Ministerio Fiscal;
- d) Las autoridades judiciales militares.

La presente Declaración también es de aplicación al Protocolo adicional al Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978».

²⁶⁸ Se puede consultar la lista de declaraciones efectuadas por los Estados contratantes sobre las autoridades nacionales que en cada Estado deben ser consideradas como autoridades judiciales a fin de prestar y solicitar auxilio judicial internacional en la siguiente dirección: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=030&C=M=8&DF=04/09/2009&CL=ENG&VL=1>. Última consulta realizada en fecha 23/09/2017.

Pudiera resultar sorprendente la designación de los Secretarios Judiciales (ahora Letrados de la Administración de Justicia) como autoridades judiciales, pero no debemos olvidar las importantes funciones asumidas por los mismos en la tramitación del proceso en el que tienen plena competencia, además de estar considerados así expresamente por la LOPJ en el art 440 que establece que «los Letrados de la Administración de Justicia son funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad, ostentando la dirección de la Oficina judicial». No obstante, en lo referente a cualquier injerencia en derechos fundamentales, la Constitución Española expresamente atribuye la competencia a los Jueces y Tribunales, por lo que ni los Letrados de la Administración de Justicia, ni el Ministerio Fiscal a día de la fecha, pueden solicitar una intervención de comunicaciones por ser necesaria para nuestro derecho una resolución judicial dictada en el seno de un procedimiento penal por juez competente y su carácter de autoridad se manifestará en otros ámbitos de la cooperación jurídica en materia penal.

El art. 18 del Convenio se refiere a las solicitudes de intervención de telecomunicaciones, y establece:

«1. A efectos de una investigación penal, una autoridad competente del Estado miembro requirente podrá cursar, de conformidad con lo dispuesto en su Derecho interno, a un autoridad competente del Estado miembro requerido:

- a) una solicitud de intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones al Estado miembro requirente o bien
- b) una solicitud de intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación de la telecomunicación al Estado miembro requirente».

Por tanto, la solicitud que se remita debe haberse adoptado conforme al Derecho interno del país requirente, requisito legal para su validez. Introduce además este apartado primero un elemento temporal que debe contener la solicitud. Así, deberá expresarse si la transmisión de los datos deben ser remitidos de forma inmediata o bien remitidos posteriormente y grabadas en un dispositivo de almacenamiento de datos.

En el apartado segundo introduce un elemento espacial que debe contener la solicitud, que se refiere a la ubicación física de la persona objeto de intervención, distinguiendo según el Estado en que se encuentre y más concretamente sobre el medio de comunicación que esté utilizando, que en definitiva es el que se pretende intervenir, así establece:

«2. Las solicitudes previstas en el apartado 1 podrán cursarse en relación con la utilización de medios de comunicación por parte de la persona objeto de la intervención, siempre que dicha persona se encuentren en

a) El Estado miembro requirente, y éste precise la asistencia técnica del Estado miembro requerido para intervenir las comunicaciones de dicha persona;

b) El Estado miembro requerido, siempre que las comunicaciones de dicha persona puedan ser intervenidas en ese Estado miembro;

c) un tercer Estado miembro al que se haya informado de conformidad con la letra a) del apartado 2 del artículo 20, y el Estado miembro requirente precise de la asistencia técnica del Estado miembro requerido para intervenir las comunicaciones de dicha persona».

Además de los requisitos legales y personales a que nos hemos referido en los párrafos anteriores, en el apartado 3 del mismo artículo 18 se establecen unos requisitos formales que deben integrarse en la resolución en la que se acuerde la intervención de comunicaciones en otro país. Deberán incluirse los siguientes datos:

- «a) autoridad que formula la solicitud;
- b) confirmación de que existe un mandamiento o una orden de intervención legal en relación con una investigación penal;
- c) información para identificar a la persona objeto de la intervención;
- d) conducta delictiva que se investiga;
- e) duración deseada de la intervención;
- f) si es posible, datos técnicos suficientes, en particular en número pertinente de conexión a la red, a fin de garantizar que pueda ejecutarse la solicitud».

Si además la persona objeto de investigación se encuentra en el Estado requerido y la intervención de sus comunicaciones debe efectuarse en ese país (art. 18.2.b)), según dispone el apartado 4, deberá incluir la solicitud un

resumen de los hechos y al momento de su examen por el Estado requerido, podrá exigir que se complete la información remitida de tal manera que pueda justificar la adopción de la medida. Por el contrario, si la persona investigada se encuentra en el país requirente y la solicitud se refiere solo a la necesidad de asistencia en la intervención de las comunicaciones del mismo por encontrarse el proveedor en el Estado requerido, según el apartado 5, deberá el Estado miembro requerido comprometerse a acceder a la solicitud. En ambos casos, nos referimos al supuesto en que la solicitud interese la intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones al Estado requirente.

Para el caso de que lo que se pretenda es la intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación de la telecomunicación al Estado miembro requirente (art. 18.1.b)), el Estado requerido estudiará estas solicitudes con arreglo a su Derecho interno y a sus procedimientos nacionales, máxime cuando se solicite la transcripción de la grabación (apartado 8 del art. 18 del Convenio).

El art. 19 del Convenio lo podemos asimilar a determinados requisitos que deberán procurar los Estados miembros referidos a determinadas obligaciones que deben cumplir los proveedores de servicios de telecomunicaciones, para poder facilitar la intervención directamente desde el Estado requirente, claro está, una vez accedida a la solicitud en los casos en que la persona investigada se encuentre en el país requirente.

«Artículo 19. Intervención de telecomunicaciones en el territorio nacional por medio de proveedores de servicios.

1. Los Estados miembros garantizarán que los sistemas de servicios de telecomunicaciones que operen a través de una pasarela en su territorio y a los que no pueda accederse directamente desde otro Estado miembro a efectos de intervención legal de las comunicaciones de una persona que se halle en el territorio de este último, puedan hacerse directamente accesibles para la intervención legal por parte de dicho Estado miembro por mediación de un proveedor de servicios designado que se encuentre en el territorio de éste.
2. En el caso a que se refiere el apartado 1, las autoridades competentes de

un Estado miembro, a efectos de una investigación penal y de conformidad con lo dispuesto en el Derecho nacional aplicable, tendrán derecho, siempre que la persona objeto de la intervención se halle en ese Estado miembro, a llevar a cabo la intervención por mediación de un proveedor de servicios designado que se encuentre en su territorio, sin la participación del Estado miembro en que se encuentre la pasarela.

3. También se aplicará el apartado 2 cuando la intervención se efectúe en virtud de una solicitud presentada de conformidad con la letra b) del apartado 2 del artículo 18.4. Ninguna disposición del presente artículo impedirá a un Estado miembro formular al Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la pasarela una solicitud de intervención legal de telecomunicaciones de conformidad con el artículo 18, en especial cuando no exista intermediario alguno en el Estado miembro requirente».

Con la firma del Convenio y a tenor de lo dispuesto en el art. 19 del mismo, los Estados firmantes se comprometen a acceder a las solicitudes de intervención de comunicaciones de personas que, no estando en el territorio de su Estado, utilizan medios tecnológicos de proveedores nacionales. En tal caso, aprobada la solicitud por el Estado requerido, se autorizará la conexión del abonado sujeto a investigación al proveedor que designe el Estado requirente para que ellos obtengan directamente los datos relativos a la comunicación. De ahí, se deriva una obligación para los proveedores de servicios de telecomunicaciones, que deberán dotarse de la tecnología necesaria para poder lanzar esta “pasarela” entre proveedores de distintos Estados, con el fin de que sus autoridades puedan obtener directamente los datos de la comunicación. Para el caso de que la intervención deba practicarse íntegramente en el Estado requerido, de tal manera que no solo se proceda a la intervención de la comunicación, sino que además se solicite por el Estado requirente la grabación y transcripción del contenido de la comunicación, los requisitos necesarios para la autorización son más rigurosos y así, la solicitud deberá arrojar información suficiente para que de la misma se justifique la intervención de comunicaciones con arreglo a la legislación nacional del Estado requerido.

Puede suceder en el transcurso de una investigación de determinados hechos delictivos atribuidos a persona que se encuentra en país distinto al que lleva la investigación, acordándose la intervención de sus comunicaciones, sin

que sea necesaria la intervención del otro Estado por poder intervenir directamente las comunicaciones desde el Estado que acuerda la intervención. En este caso, se impone un deber de notificación al Estado en que se encuentra esa persona de que se va a proceder a la intervención de sus comunicaciones. Se establece este mecanismo de información, comprensible por otra parte, ya que se trata de una persona que se encuentra en un territorio concreto y por tanto sometida a las obligaciones y derechos vigentes en la legislación nacional de ese Estado y como tal, debe velar por la garantía de los de sus nacionales o residentes. Esta obligación se contempla en el art. 20 del Convenio, que establece:

«Artículo 20. Intervención de telecomunicaciones sin la asistencia técnica de otro Estado miembro.

1. Sin perjuicio de los principios generales del Derecho internacional ni de lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del artículo 18, las obligaciones contempladas en el presente artículo se aplicarán a las órdenes de intervención dictadas o autorizadas por la autoridad competente de un Estado miembro en el curso de investigaciones penales que se caractericen por ser investigaciones consecutivas a la comisión de una infracción penal específica, incluidas las tentativas que sean tipificadas como delitos en la legislación nacional, con el fin de identificar y detener, acusar, procesar o dictar sentencia sobre los responsables.

2. Cuando, a efectos de una investigación penal, la autoridad competente de un Estado miembro (el Estado miembro que realiza la intervención) autorice la intervención de telecomunicaciones y se utilice la dirección de telecomunicaciones de la persona que figura en la orden de intervención en el territorio de otro Estado miembro (el Estado miembro notificado) cuya asistencia técnica no se necesite para llevar a cabo dicha intervención, el Estado miembro que realiza la intervención deberá informar al Estado miembro notificado de dicha intervención:

a) antes de la intervención, en aquellos casos en los que ya esté informado, al ordenar la intervención, de que la persona objeto de la misma se encuentra en el territorio del Estado miembro notificado;

b) en los demás casos, inmediatamente después de tener conocimiento

de que la persona objeto de intervención se encuentra en el territorio del Estado miembro notificado».

Como vemos, distingue además el art. 20 el momento en que tiene que producirse la notificación, según el momento en que tenga conocimiento de que la persona investigada se encuentra en otro Estado, debiendo notificarlo antes de acordarla para el caso de que así sea o, en cualquier caso, inmediatamente a tener conocimiento de la estancia en otro país distinto al que ordena la intervención de telecomunicaciones.

El Convenio de 2000, además de su carácter normativo, en cierta medida se asemeja a un protocolo de actuación, ya que podemos observar entre sus artículos un marcado interés en especificar la forma en que se deben de producir exactamente los distintos supuestos que pueden acontecer, que dan lugar al auxilio judicial entre los Estados firmantes del acuerdo. Así, sucede también, en cuanto al contenido que debe tener la información a facilitar al Estado en que se encuentra la persona investigada a la que se pretende intervenir sus telecomunicaciones. Establece el apartado 3 del art. 20:

«3. La información que deberá notificar el Estado miembro que realice la intervención incluirá:

- a) indicación de la autoridad que ordena la intervención;
- b) confirmación de que se ha dado una orden de intervención legal en relación con una investigación penal;
- c) información para identificar la persona objeto de la intervención;
- d) indicación del delito que se investiga;
- e) duración prevista de la intervención».

Se establecen en este apartado 3, una vez más, determinados requisitos formales que debe cumplir la información facilitada al otro Estado.

Recibida la información, como hemos indicado antes, el Estado receptor debe analizar si la investigación en curso sobre persona ubicada en su territorio ve vulnerado alguno de sus derechos protegidos por la legislación nacional que le afecta, imponiéndose en el punto 4 del mismo art. 20 la obligación de responder en el término de noventa y seis horas con alguno de los resultados previsto en los distintos apartados, a saber:

«i) permitir que se lleve a cabo o se prosiga la intervención. El Estado miembro notificado podrá supeditar su consentimiento a cualesquiera condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares;

ii) exigir que la intervención no se lleve a cabo o que se ponga término a la misma cuando sea contraria al Derecho interno del Estado miembro notificado, o por los motivos indicados en el artículo 2 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial. Cuando imponga este requisito, el Estado miembro notificado expondrá por escrito los motivos de su decisión;

iii) en los casos a que se refiere el inciso ii), exigir que el material intervenido mientras la persona objeto de la intervención se encontraba en su territorio no se utilice o solo pueda utilizarse en las condiciones que este Estado miembro especifique. El Estado miembro notificado informará al Estado miembro que realiza la intervención de los motivos en que se fundan esas condiciones;

iv) pedir una breve prórroga —de una duración máxima de 8 días— del plazo inicial de 96 horas, que deberá acordarse con el Estado miembro que realiza la intervención, con el fin de cumplir con procedimientos internos de acuerdo con su Derecho nacional. El Estado miembro notificado comunicará por escrito al Estado miembro que realiza la intervención las condiciones que, con arreglo a su Derecho nacional, justifican la solicitud de prórroga del plazo».

Son varios los requisitos a que se refieren estos apartados. Por una parte, si la intervención que se pretende por el Estado informante no cumple con los requisitos previstos en la Ley nacional del Estado informado, se denegará razonadamente la autorización a la intervención. Para el caso de que se autorice, también según los datos de la información facilitada, puede oponer el Estado informado que los datos obtenidos se utilicen de una manera determinada acorde a su legislación interna y además, puede pedir una prórroga de hasta 8 días para adecuar la intervención interesada a los requisitos del Derecho nacional del Estado informado. Esto es, cumplir con determinados tramites encaminados más bien a establecer los mecanismos necesarios para poder llevar a cabo la intervención de telecomunicaciones.

Este proceso de intercambio de información contenido en el art. 20 del

Convenio debe desarrollarse en el término de noventa y seis horas. Así, se establece en el apartado 4 d) que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que pueda darse una respuesta en el plazo de 96 horas. A tal fin, designarán puntos de contacto que prestarán servicio las veinticuatro horas del día, y los incluirán en las declaraciones que formulen con arreglo a lo dispuesto en la letra e) del apartado 1 del artículo 24».

Por último, los apartados 5 y 6 del mismo art. 20 se refieren al carácter confidencial de los datos facilitados por el Estado notificante, estableciendo una particularidad en cuanto al canal de remisión de la información cuando se considere que es particularmente delicado «podrá transmitirla a la autoridad competente a través de una autoridad determinada, en caso de que así se hay acordado bilateralmente entre los Estados miembros interesados».

2.8.2 La Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²⁶⁹.

En el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 1/mayo/2014 se publicó la Directiva 2014/41/CE de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal. La Directiva se aprueba a iniciativa de determinados países de la Unión Europea, entre los que se encuentra el Reino de España y cuyo principal objetivo lo sitúa en «llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro (el Estado de ejecución) con vistas a obtener pruebas con arreglo a la presente Directiva». Se establece en la Directiva un mecanismo para la gestión de manera homogénea de los actos de investigación de determinados hechos delictivos que incluye en su anexo “d” en el ámbito europeo. Son varias las medidas de investigación que contempla la Directiva, pero nos referiremos a la que nos interesa, incluida en el Capítulo V, titulado «Intervención de Telecomunicaciones», incluyendo en el mismo solo dos artículos, el 30 y el 31, en los que se refiere a la intervención de telecomunicaciones con la asistencia técnica de otro Estado miembro (art. 30), o la notificación al Estado miembro en el que se encuentre la persona que sea objeto de los procedimientos penales, cuya asistencia técnica no sea necesaria.

²⁶⁹Se puede consultar el contenido íntegro de la Directiva con sus correspondientes anexos en el siguiente enlace <https://www.boe.es/doue/2014/130/L00001-00036.pdf>. Consultado el 23/9/17.

Para evitar reiteraciones innecesarias, simplemente nos referiremos a que el contenido de estos artículos es prácticamente calcado del Convenio de Bruselas de 20 de mayo de 2000 que analizamos en el apartado anterior, pero en este caso, destacaremos la introducción de tres anexos:

- Anexo A «Orden Europea de Investigación (OEI)».

Este anexo comprende la solicitud de Orden Europea de Investigación. Como tal solicitud debe de contener unos determinados requisitos conformados por el contenido de la propia directiva. Así, se refleja en el propio encabezamiento de la Orden, donde expresa que «esta OEI ha sido emitida por una autoridad competente. La autoridad de emisión de la presente OEI es necesaria y proporcionada a efectos de los procedimientos que en él se especifican teniendo en cuenta los derechos del investigado o el acusado y que las medidas de investigación solicitada podrían haberse ordenado en las mismas condiciones en un caso interno similar. Solicito la realización de la medida o medidas de investigación especificadas a continuación debidamente en cuenta la confidencialidad de la investigación y el traslado de la prueba obtenida como resultado de la ejecución de la OEI».

Seguidamente, aparece un formulario dividido en secciones numeradas de la A) a la L) a cumplimentar por la autoridad competente del Estado emisor, reflejando los datos referentes a la solicitud de investigación y el tipo de prueba cuya colaboración requiere del Estado requerido, las personas investigadas, los motivos de la emisión, el delito perseguido, datos de contacto de la autoridad emisora y la validadora legítima de la petición.

La controversia que puede suscitarse ante estas solicitudes de investigación, en lo referente al secreto de las comunicaciones, la podemos encontrar en dos situaciones referidas al delito investigado. La primera referida al caso de que la pena prevista en la legislación nacional del país requerido no contemple que se acuda a esta medida de injerencia. La segunda, que no estuviera prevista en la legislación nacional acudir a esta medida en un caso similar que se produjera en el Estado requerido. Así, recibida en España una solicitud de intervención de comunicaciones, verificados los requisitos referidos a la legitimidad de la autoridad que emite la solicitud, se examinará si el delito que se investiga en el Estado emisor tiene prevista según la legislación

española una pena superior a tres años o alguno de los supuestos referidos al art. 579.1 LECrim y si se cumplen el resto de requisitos que justificarían una autorización de intervención telefónica en España, accediendo en caso de que así fuera. El catálogo de delitos que permiten acudir a esta orden de investigación se relaciona en el anexo D.

El anexo B, comprende la «confirmación de la recepción de una OEI». Se trata de un acuse de recibo a cumplimentar por la autoridad del Estado de ejecución de la orden de investigación.

Por último nos referimos al anexo C, que se utilizará «para notificar a un Estado miembro las intervenciones de telecomunicaciones que se vayan a efectuar, se estén efectuando o se hayan efectuado en su territorio sin su asistencia técnica». Su contenido solapa en alguno de sus apartados al art. 20 del Convenio de Bruselas del año 2000.

2.8.3 Posición jurisprudencial respecto de la intervención de telecomunicaciones en país extranjero.

Nuestro Tribunal Supremo ha declarado en repetidas sentencias que las pruebas obtenidas en el extranjero conforme a la normativa del Estado en que se efectúan son válidas. Cuestión distinta es el valor probatorio del material obtenido a través de intervención telefónica realizada en país extranjero, cuyo examen debe realizarse según las reglas del ordenamiento jurídico español. Así, El Tribunal Supremo en STS de 20 de septiembre de 2005 señala que «la doctrina de esta Sala ha establecido la legalidad de las actuaciones policiales o judiciales que se desarrollan en otros países no corresponde valorarlas a los Tribunales españoles conforme a las normas internas, pues son las leyes vigentes en cada lugar las que deben ser observadas por sus autoridades locales en el cumplimiento de sus funciones. Esta afirmación de carácter general admite algunas matizaciones. De un lado ha de considerarse referida, inicialmente, a países en los que se mantengan de modo efectivo los mismos valores y principios que en España se consagran en la Constitución, de manera que las exigencias para la restricción de los derechos de los ciudadanos sean material y sustancialmente similares. En segundo lugar, para que pueda avanzarse en el cuestionamiento de esas actuaciones sería preciso aportar un dato objetivo sugestivo de una posible infracción de derechos fundamentales

no tolerable por nuestro ordenamiento. En el caso, las actuaciones se realizaron por las autoridades judiciales y policiales francesas, y de otro lado, el recurrente no aporta ningún elemento que permita albergar alguna duda acerca de la corrección de la actuación realizada que pudiera suponer una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas que debieron ser valorado de esa forma por los Tribunales españoles, ni tal dato resulta tampoco de las actuaciones incorporadas a la causa».

A mi entender, se introducen dos presupuestos para la validez de la intervención telefónica y por ende de telecomunicaciones; en primer lugar, acude a una «homologación por homogeneidad» de los regímenes normativos de ambos países, o al menos que exista una estructura de valores comunes en ambos ordenamientos, si no culturales. En segundo lugar, introduce una carga de la prueba para aquél que cuestione la validez de la prueba así obtenido, aportando datos objetivos que permitan concluir la expulsión del material obtenido, que sin duda estará directamente relacionado con la vulneración de derechos fundamentales de origen constitucional.

La Circular 1/2013 de la FGE también analiza desde el punto de vista jurisprudencial las pruebas obtenidas en el extranjero, resaltando tres principios:

1) Que la prueba internacional obtenida conforme a la norma procesal del país donde se obtuvo no debe ser sometida al tamiz de su conformidad con las normas españolas.

2) Quedaría abierta la posibilidad de valorar si esas pruebas fueron practicadas conforme a las normas procesales del país de obtención. En este caso, corresponde a quien lo alega la prueba de la inobservancia de la norma procesal extranjera y por tanto de la ilegalidad y nulidad de esta prueba.

3) En el ámbito europeo, el Tribunal Supremo español, ha añadido un criterio general de confianza en las garantías comunes vigentes en el espacio judicial europeo (SSTS 18/2003²⁷⁰, 45/2005²⁷¹, y 886/2007²⁷²).

²⁷⁰STS 18/2003, de 18 de enero.

²⁷¹STS 1345/2005, de 14 de octubre.

²⁷²STS 886/2007, de 2 de noviembre.

También el Tribunal Supremo ha analizado aquéllos supuestos en los que se autoriza una intervención telefónica amparada en información obtenida por servicios policiales extranjeros en el curso de una investigación iniciada en ese país, expresando en relación a los requisitos necesarios a incluir en la solicitud a la autoridad competente del Estado español, que «se deberá consignar en la solicitud, además de las investigaciones internas de corroboración que se hayan podido practicar, la totalidad de los datos que los servicios policiales del país de procedencia de la droga hayan proporcionado, cuya fiabilidad debe ser valorada por el propio Juez Instructor en función de: 1º) Los datos objetivos existentes y su concreción; 2º) Los cauces oficiales de recepción y verificación de la información; 3º) Las posibilidades de confirmación interna de los aspectos periféricos de la investigación; 4º) La verosimilitud de la información y 5º) Sus propias normas de experiencia»²⁷³.

Se refiere a una serie de requisitos que debe contener la solicitud presentada al juez competente para autorizar una intervención de telecomunicaciones, que en su conjunto deben ser de entidad suficiente, no solo para justificar el juicio de proporcionalidad de la medida necesario para su adopción, sino que además, debe arrojar cierta luz en cuanto a la legalidad y oportunidad de la información obtenida, de tal manera que no afecte *ex ante* a la prueba invalidándola por vulneración de derechos fundamentales. Precisamente esta cuestión es abordada en la STS 395/2014²⁷⁴, declarando la nulidad de una intervención telefónica acordada basándose en sospechas de comisión de hechos delictivos facilitados por policía extranjera.

²⁷³Doctrina que se reitera en SSTS 712/2012, de 26 de septiembre, 751/2012, de 28 de septiembre y 250/2014, de 14 de marzo.

²⁷⁴La STS 395/2014, de 13 de mayo, aborda esta cuestión señalando que «aunque es cierto que nos encontramos en los albores de una investigación, la información que proporciona un servicio policial extranjero inglés, que le participa la existencia de la organización debe contener algún elemento que supere la mera comunicación del delito y que permita tenerlo por sospecha o indicio de su comisión. No basta con que se afirme que una persona, al parecer, comete hechos delictivos sino que es preciso que ese dato aparezca con indicios de su perpetración, con una mínima investigación que corrobore la sospecha, pasando del hecho al indicio, de su afirmación a la expresión racional de una imputación indiciaria. En estos casos, y como dijimos en la STS 733/2013, de 8 de octubre, estas fuentes de conocimiento externo como son los policías extranjeros como quiera que no suelen participar sus propias indagaciones, se precisa que incorpore el resultado de sus sospechas, lo que debe ser valorado por la fuerza policial española de acuerdo a sus normas de experiencia para constatar la relevancia de la información suministrada. Eso se debió realizar sometiendo a los investigados a vigilancias para ratificar e incrementar, las sospechas, mediante la constatación de los hechos que se investigan».

3 FASE DE APERTURA DEL JUICIO ORAL. LA FASE INTERMEDIA.

3.1 Escritos de acusación y propuesta de práctica de prueba.

El sistema español sigue el patrón acusatorio, de tal manera que es necesaria una acusación formal para llegar a un resultado condenatorio. Esta acusación formal se lleva a efecto procedimentalmente en la denominada por la doctrina fase intermedia, ya que no se reconoce con ese nombre de manera expresa en la LECrim y que abarca del art. 622 y ss. para el caso del Sumario ordinario y 780 y ss para el Procedimiento Abreviado. En esta fase intermedia, habiéndose dado por concluida la investigación y practicadas por el instructor las pruebas pertinentes para acreditar unos hechos que pudieran ser constitutivos de delito, se dicta auto de incoación de Procedimiento Abreviado (si considera la existencia de indicios de delito o en otro caso sobreseimiento), dando traslado, inicialmente a las acusaciones, para que formulen acusación y soliciten las pruebas de que intenten valerse en el acto el Juicio Oral para mantener esta acusación y llegar a una hipotética sentencia condenatoria. Hemos dado estas pinceladas del trámite actual de la fase intermedia, porque a pesar de constituirse en una fase prácticamente de mero trámite camino del acto decisivo del juicio oral, a mi entender, debería potenciarse de manera exponencial, ya que es la fase donde realmente se puede hacer un examen de todas las pruebas que se han ido practicando durante la fase de instrucción, que no tienen porque ser todas necesarias para la valoración de los hechos imputados al investigado, siendo el lugar idóneo para depurar las pruebas obtenidas durante la fase de instrucción, incluso la previa al inicio del procedimiento judicial, fijando cada una de las partes en un ramo de prueba aquellas en que pretendan basar sus estrategias de acusación y defensa, de tal manera que expulsada desde el inicio y durante la instrucción toda prueba ilícitamente obtenida por vulneración de un derecho constitucional, en lo que nos interesa, el derecho al secreto de las comunicaciones, en este ramo o pieza no se incluirían, evitando así su llegada al plenario para su inicial valoración en lo atinente a su aceptación como prueba, así como de las derivadas de la misma.

Hecha esta pequeña reflexión introductoria, actualmente, dictado el auto de incoación de Procedimiento Abreviado, se da traslado a las acusaciones, para formular acusación. Es justo en este punto en el que el Ministerio Fiscal (y acusadores particulares/populares), deben «valorar las posibilidades de mantenimiento de una acusación». Así, y me refiero principalmente al Ministerio Fiscal como garante actual de la legalidad, si alguna intervención telefónica ha sido obtenida con vulneración del art. 18.3 CE, con la consiguiente nulidad insubsanable, no debe tenerse en cuenta, salvo lo que se dirá en su momento respecto a la conexión de antijuridicidad. La Circular 1/13 FGE prevé esta situación cuando, refiriéndose a la fase intermedia, en concreto a la formulación de escrito de acusación o sobreseimiento de la causa señala que «los Sres. Fiscales deberán solicitar el sobreseimiento de la causa cuando la intervención obtenida con infracción del precepto constitucional sea la única prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, o las restantes pruebas deriven de ella en virtud de esa conexión directa de antijuridicidad a que alude la doctrina del Tribunal Constitucional (tal es el caso del acta donde consta la transcripción de las cintas, o de la declaración testifical de los agentes que practicaron la intervención). En otro caso, si existen otros elementos de prueba que permiten formular acusación, los Sres. Fiscales deben abstenerse de proponer como prueba la intervención telefónica si ésta se obtuvo viciadamente y tal vicio no es subsanable, lo que sucederá siempre que la ilegalidad se sitúe en el plano de la constitucionalidad. Es decir, si el auto que las autorizó es nulo por no cubrir el mínimo de constitucionalidad exigible, no deberán acceder al proceso esas conversaciones -ni su transcripción ni las cintas originales- y tampoco las pruebas derivadas con conexión de antijuridicidad».

Se refiere este apartado al contenido material de la prueba en si misma considerada, es decir, efectuarán una valoración sobre si el material probatorio, en este caso una intervención telefónica, ha sido legalmente obtenida desde la perspectiva constitucional. Si la conclusión conduce al convencimiento de su ilicitud, la circular señala el camino de la solicitud de sobreseimiento de la causa si no hay otra prueba de cargo suficiente, o si las que hay están afectadas por conexión de antijuridicidad. Por el contrario, si a su juicio se han obtenido y se han aportado correctamente al proceso, pasarán a solicitar la acusación y articular la propuesta de prueba correspondiente.

Señala también la Circular 1/2013, para el caso de que se considere legal y suficiente la prueba practicada en la fase instructora, que se formulará escrito de acusación y se articulará la prueba, refiriéndose en este caso al aspecto formal, así, resalta que «por el contrario, si no se detecta vicio alguno de ilegitimidad en la interceptación de las comunicaciones, los Sres. Fiscales propondrán la prueba para su práctica en el juicio oral, lógicamente en la medida en que sea conducente a esclarecer el objeto del proceso, solicitando que estén presentes las cintas originales por si alguna de las partes interesa su audición. También de esta manera se pueden subsanar posibles vicios de legalidad ordinaria (nunca en el plano de la constitucionalidad de la medida) que hayan tenido lugar en la incorporación de la fuente de prueba al proceso».

Por tanto, establece unas pautas en cuanto a la propuesta de la prueba para su práctica en el juicio oral, refiriéndose expresamente a la solicitud de aportación al plenario de las cintas originales. Se refiere también a la posible subsanación de vicios que afecten a la legalidad ordinaria, que aluden sin duda a las posibles irregularidades relativas a la incorporación al proceso de las pruebas, en este caso a la entrega y selección de las cintas, la ruptura de la cadena de custodia de las mismas y las posibles incongruencias entre las transcripciones aportadas por la policía actuante a través del atestado y las cintas originales. A estos requisitos de legalidad se refirió el Tribunal Supremo en STS 1191/2004²⁷⁵.

La prueba referida a la interceptación de comunicaciones y más concretamente las intervenciones telefónicas (las más habituales), puede acceder al acto del juicio oral a través de diversos medios, que analizaremos en apartados posteriores, pero que ahora apuntamos y que comprende, la audición directa de las conversaciones mediante lectura de las transcripciones de las conversaciones debidamente cotejadas por la fe pública judicial, que caracteriza al Letrado de la Administración de Justicia y menos habitualmente, mediante la declaración testifical de los policías actuantes sobre el contenido

²⁷⁵STS 1191/2004, de 21 de octubre, en la que señala que «el quebrantamiento de los requisitos de legalidad ordinaria solo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo, pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor de medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole».

de las conversaciones interceptadas, o por la simple solicitud de reproducción de la documental obrante en autos que a la postre contiene las mismas transcripciones. Pues bien, para poder articular esta prueba en el plenario es necesaria, en principio, su solicitud en los escritos de acusación (y defensa si a su derecho conviene), ya que a pesar de que la presentación de pruebas puede realizarse hasta el mismo momento del juicio oral, su omisión en este momento pudiera considerarse en cierto modo un atisbo de mala fe procesal que debe intentar evitarse. Por ello, lo normal es incluir en la relación de medios de prueba para la imputación de los hechos delictivos la forma en que va a intentar introducirse en el plenario el resultado de las intervenciones de comunicaciones o telefónicas.

3.2 Soporte físico de la prueba.

El soporte físico de la prueba debe de tratarse como una «pieza de convicción», en cuanto que contiene el material probatorio para la determinación de los hechos enjuiciados. Esta cuestión meramente formal tiene un alcance instrumental, ya que su aportación y «cadena de custodia»²⁷⁶ puede generar alguna duda sobre la identidad de las conversaciones intervenidas y las que finalmente acceden al plenario en forma de prueba, es por ello que, en esta fase intermedia del procedimiento, debe haber quedado despejada cualquier duda que pueda surgir al respecto por las partes y en caso contrario, es en este momento en el que se debe mencionar, normalmente en el escrito de defensa, que si bien formalmente no podemos incluirlo en la fase intermedia, entiendo que debería estar como momento preliminar al último acto del juicio oral. Cualquier intento de atacar, con posterioridad al escrito de defensa, la corrección en la cadena de custodia de la prueba material en que se manifiesta la intervención de comunicaciones, normalmente, será rechazada posteriormente por ser contraria a la buena fe procesal, ya que si la parte pretende su nulidad, no puede intentar hacerla valer en el último momento, con intención en muchos casos, de dilatar el procedimiento.

²⁷⁶FIGUEROA NAVARRO, C.: «El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia», La Ley, n.º 84, 2011, pág. 4, define la cadena de custodia como «un procedimiento, oportunamente documentado que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o indicios delictivos, desde que son encontrados hasta que se aportan al proceso como pruebas»

La incorporación del material probatorio al procedimiento debe cumplir con determinadas garantías y su cumplimiento implica la vulneración de un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. La aportación irregular puede generar la ineficacia como prueba de cargo suficiente para justificar una condena, o para el caso de que la vulneración afecte al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, incluso de la prueba derivada de la misma, afectada por conexión de antijuridicidad y por tanto nula plenamente.

3.3 La necesidad del rediseño de la fase intermedia del procedimiento penal.

Hasta aquí ha quedado visto el proceso penal configurado actualmente, pero no podemos dejar pasar la oportunidad de dejar constancia de determinadas cuestiones que afectan al material probatorio en general y al que contiene la prueba de intervención de comunicaciones en particular.

Según lo avanzado hasta el momento, la fase intermedia, debe servir no solo para determinar si de las pruebas practicadas durante la fase de instrucción procede el sobreseimiento de la causa, sino también la apertura de juicio oral contra el investigado y además, para determinar cuál es el material probatorio de la instrucción que debe remitirse al órgano enjuiciador, en lo que la profesora FUENTES SORIANO²⁷⁷ llama «expediente probatorio» en el que integrar únicamente el material probatorio con relevancia a juicio de las partes, para el sostenimiento de la acusación y del que entendemos debería eliminarse aquel otro material instructorio que no ha alcanzado trascendencia probatoria para el desenlace final. Este expediente probatorio debería tramitarse en pieza separada y acordarse su apertura al momento de dar traslado a las acusaciones para formalizar el escrito de acusación, iniciándose con testimonio del mismo e integrarse con todas aquellas pruebas propuestas por las partes.

La remisión del total de las pruebas practicas durante la fase de instrucción al órgano enjuiciador, tal y como se hace actualmente, entraña un

²⁷⁷FUENTES SORIANO, O.: «Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso» (*LA LEY* 15980/2011), doctrina que forma parte del libro *La reforma del proceso Penal*, edición 1, La Ley, Madrid, Abril 2011.

efecto pernicioso para el proceso ya que llegará a conocimiento del tribunal determinadas pruebas que pueden resultar ilícitas por vulneración de derechos fundamentales (derecho al secreto de las comunicaciones) y que no deberían tener acceso al procedimiento. Hago este apunte ahora, por entender que la prueba de intervención de comunicaciones podríamos considerarla como una de las más complejas en el proceso penal, por los requisitos necesarios para su adopción, utilización de artificios técnicos para su captura e infinidad de cuestiones que pueden conducir a un posible nulidad de la prueba, pero que en definitiva acaban contaminando la conciencia del juzgador para caso de tener conocimiento de las mismas. Por ello, no solo comparto la posición de parte de la doctrina que entiende que en la fase intermedia debería de completarse un expediente probatorio en el que incluir únicamente aquellas pruebas de que intenten valerse las partes para su acusación o defensa, sino que añado, que este expediente es el único que debe remitirse al Tribunal que ha de enjuiciar los hechos, de tal manera que únicamente se le expondrán aquellas pruebas de que se van a servir las acusaciones y defensas para acreditar o desvirtuar los hechos y personas investigadas. Pero es que además, también me parece oportuno que en esta fase intermedia se incluya un trámite previo a la remisión al Tribunal competente para enjuiciar, que comprenda un traslado para alegaciones previas al inicio del juicio oral, en el que se ventilaran aquellas cuestiones relativas a nulidades, litisconsorcios, y en general cualquiera de las que actualmente se examinan al inicio de la sesión del juicio oral, de tal manera que, llegado ese momento, el tribunal no va a tener que comprometer su conciencia decidiendo sobre la validez de determinadas pruebas, que de resultar apreciada su nulidad, no deben formar parte del material probatorio, cuando realmente han sido examinadas por el Juez competente. Así, salvado este trámite en la fase intermedia, el juicio oral empezaría directamente con las declaraciones de demandante e investigado según proceda.

Esta solución, a mi entender, resulta más acorde con el espíritu que debe presidir el procedimiento penal, aislando al juez que debe resolver sobre unos hechos con apariencia delictiva que se imputan a un investigado de cualquier elemento no probatorio o aquejado de nulidad, especialmente del material probatorio que constituyen los soportes que contienen las grabaciones obtenidas mediante una autorización judicial de intervención de comunicaciones y sus transcripciones. Difícilmente podrá abstraerse un juez

de un material que obra en la causa en forma de transcripción de las conversaciones intervenidas con contenido incriminatorio para el investigado, por muy clara que sea la causa de nulidad decretada.

4 FASE DE VALORACIÓN EN EL PLENARIO.

4.1 De la preparación de las pruebas para el Juicio Oral.

Como hemos venido repitiendo, la intervención de las comunicaciones tiene una doble naturaleza. Así, se puede utilizar como fuente de investigación, o como fuente de prueba²⁷⁸, siendo esta segunda vertiente la que nos interesa en este momento.

El plenario es el lugar donde se tienen que poner de manifiesto las pruebas que se han admitido y practicado en la fase de instrucción, que han servido para mantener una acusación formal contra el investigado, pero estas pruebas son de distinta naturaleza. La inmediatez y contradicción²⁷⁹ de las pruebas debe ser la norma general para asegurar un proceso con todas las garantías, pero no todas pueden verse de forma inmediata, como sucede con las intervenciones de las comunicaciones, que por su propia naturaleza son una prueba preconstituida²⁸⁰ que se formó como tal en el momento en que se produjo la intervención y con su contenido, otra cuestión es que se sometan al proceso de contradicción que también debe impregnar toda prueba del proceso penal.

Siendo una prueba preconstituida, cabe analizar la forma en que esta prueba se introduce en el proceso para su valoración por el juez o tribunal que

²⁷⁸MIRANDA ESTRAMPES, M.: *La mínima actividad probatoria ...* op. cit., Pág. 99, hace una distinción entre actos de investigación, que no tienen un destinatario concreto y actos de prueba en los que el destinatario es el juez.

²⁷⁹Para GIMENO SENDRA, V.: *El nuevo proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 80-81, los actos de prueba deben cumplir al menos dos requisitos, uno objetivo, consistente en la contradicción, y otro subjetivo en cuanto a que debe haberse intervenido por un órgano judicial.

²⁸⁰DUART ALBIOL, J.J.: *Inspecciones corporales e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*. Tesis doctoral no publicada, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013, Pág. 55, entiende que el concepto de prueba preconstituida no parece «tener cabida, técnicamente, en el proceso penal»

conozca del asunto ²⁸¹. En los que respecta a las comunicaciones, particularmente las intervenciones telefónicas, acceden al proceso penal por tres vías: Mediante la reproducción en el acto del juicio oral, por lectura de las conversaciones previamente transcritas o mediante la ratificación de los policías autorizados que intervinieron en el atestado. Además, deben cumplirse ciertas garantías que analizaremos en este capítulo y que ya señaló el Tribunal Supremo en STS 513/2010²⁸², diciendo que «en definitiva los requisitos relativos al protocolo de la incorporación de las escuchas para su posterior utilización como prueba en el juicio son:

- 1) La aportación de las cintas.
- 2) La transcripción mecanográfica de las mismas, bien íntegra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas.
- 3) El cotejo bajo la fe del Secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como es usual- a los funcionarios policiales.
- 4) la disponibilidad de este material para las partes.
- 5) y finalmente la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura de esta sede casacional».

Será por tanto necesario aportar al plenario la totalidad de los soportes

²⁸¹GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2010, pág. 229, resalta que «por actos de prueba no cabe entender exclusivamente los que se ejecutan ante la inmediación del Tribunal (...), sino también los actos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, cuya relevancia práctica es inmensa, ya que la mayoría de las sentencias penales se fundan, sobre todo, en los actos de prueba preconstituida»

²⁸²STS 513/2010, de 2 de junio.

que contengan las conversaciones intervenidas, constituyendo el material probatorio que se considera pieza de convicción, distinguiéndose de la propia práctica de la prueba, que es la que tendrá lugar mediante la aportación como prueba documental, consistente en las transcripciones de las conversaciones que constan en las actuaciones aportadas por la Policía en la fase de instrucción o bien mediante la audición directa por parte del tribunal.

La aportación de las cintas al juicio oral no es relevante si ninguna de las partes ha pedido la audición directa en el acto del juicio, lo relevante es que desde la fase de instrucción estuvieran a su disposición para poder valorarlas y someterlas a contradicción, cuando consideren que deben ser tenidas en cuenta en un contexto determinado que precisa de la audición de otros pasajes distintos a los aportados mediante transcripción o cualquier otra duda que ofrezcan, de la que intente valerse la parte, normalmente la defensa. Caso de no solicitarse con carácter previo, la petición en el plenario puede ser denegada atendiendo al principio de la buena fe procesal que debe presidir la actuación de las partes en el proceso²⁸³. Para el caso de que se aporten las transcripciones policiales en forma de prueba documental, se viene exigiendo que se acompañen de la debida adveración por parte del Letrado de la Administración de Justicia durante la fase de instrucción, dotándolas de una presunción de veracidad que luego examinaremos con más detalle.

La práctica de la prueba, aspecto formal de la misma, tendrá lugar por tanto, bien con la audición directa, o con la lectura de los pasajes que se consideren convenientes o relevantes de las transcripciones policiales que se ha cotejado debidamente por el fedatario judicial, mientras que el aspecto material lo constituirá la forma en que las pruebas acceden al proceso y que son los propios soportes que contienen las conversaciones intervenidas o sus transcripciones. La aportación de este material de forma inadecuada o incluso la no aportación, supondrá una irregularidad procesal que en principio no es constitutiva de infracción constitucional que pueda invalidarlas como prueba por principio del art. 11.1. LOPJ al no afectar al derecho fundamental al secreto

²⁸³Así lo señala la STS 285/2011, de 20 de abril «si las partes no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional, no siendo factible que puedan alegar después la vulneración de sus derechos cuyo ejercicio no han solicitado».

de las comunicaciones del art. 18.3 CE. Nos encontraríamos en tal caso con una ilegalidad ordinaria, que puede ser convalidada o que en todo caso, solo afectaría a la prueba aquejada de irregularidad, pero no a las derivadas de la misma²⁸⁴.

4.2 Reproducción en el acto del juicio.

Las partes podrán solicitar que las conversaciones que contiene los soportes aportados al proceso se reproduzcan en el acto del juicio oral o pueden renunciar a la audición directa, sustituyendo la prueba por la documental referida a los pasajes más relevantes del atestado policial que contiene las conversaciones intervenidas. No obstante, deberán aportarse al acto del juicio el total de las grabaciones originales, por si fuera necesario contrastar cualquiera de los pasajes que sea puesto en duda por la parte a quien interese, como garantía del principio de contradicción a que se debe someter toda prueba incriminatoria. No obstante, en principio, cualquier discrepancia entre los pasajes del atestado policial y los soportes CD/DVD que contienen las conversaciones, debe haberse despejado en la fase de instrucción, bien al momento del cotejo de las mismas por parte del Letrado de la Administración de Justicia, bien advertido por las propias partes al momento en que se le de traslado de los soportes originales para que puedan efectuar las alegaciones que consideren convenientes. La validez de la intervención se asienta en el hecho de que se hayan aportado al proceso la totalidad de las grabaciones, para su control judicial, su traslado a las partes y un correcto ejercicio del derecho de defensa, en cuanto a los hechos que se le puedan imputar.

La falta de reproducción de las conversaciones intervenidas en el acto del juicio oral no genera indefensión si se ha puesto a disposición de las partes, tanto los soportes que contienen las grabaciones, como sus transcripciones²⁸⁵,

²⁸⁴STS 201/2006, de 1 de marzo, donde señala que «no trasciende de la condición de meras infracciones procesales, con el alcance y efectos ya señalados, otras irregularidades que no afecten al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y que tan solo privan de la suficiente fiabilidad probatoria a la información obtenida, por no gozar de la necesaria certeza y de las garantías propias del proceso o por sustraerse a las posibilidades de un pleno ejercicio del derecho de defensa al no ser sometida a la necesaria contradicción».

²⁸⁵La STS 867/2014, de 11 de diciembre señala al respecto que «ya en la citada STC 128/1988 llegamos a idéntica conclusión bajo el argumento de que no habiéndose impugnado en todo o en parte la

por lo que, no es posible atacar su validez en ese momento sin haber intentado su impugnación en la fase de instrucción, donde se deben proponer y cuestionar las pruebas que van a acceder al plenario para su valoración.

4.3 Aportación de las transcripciones adveradas por el Letrado de la Administración de Justicia.

El material probatorio en que sustenta la acusación lo constituye la totalidad de los soportes que contienen las conversaciones intervenidas, no su transcripción. Aún así, se ha convertido en una herramienta que facilita su conocimiento de una manera más ágil, tanto para las partes como para el tribunal que conoce del asunto, ya que del simple manejo de las actuaciones puede obtenerse la información necesaria, sin necesidad de tener que acudir a un artilugio técnico para su audición. Pero este proceso, que en definitiva convierte en prueba documental una prueba preconstituida, debe rodearse de las debidas garantías, tanto para el investigado como para el propio sistema judicial, que debe adoptar una serie de prevenciones que aseguren que no se manipula el contenido probatorio fruto de esa transcripción, que es una aportación subjetiva del personal que realiza la operación, como es la del cuerpo policial encargado de la investigación, que además, es parte «interesada» o concedora de determinados detalles que puede afectar la objetividad que debe presidir cualquier valoración de prueba. De ahí la necesidad de que este material probatorio esté a disposición de las partes para su contraste con las transcripciones efectuadas y su control judicial, mediante el conocimiento directo por parte del juez instructor y el consiguiente control material, en cuanto a la veracidad del contenido transcrito.

La LECrim no exige en ningún artículo la obligación de la transcripción ni adveración por parte del Letrado de la Administración de Justicia, ni de la totalidad de las conversaciones, ni de los pasajes considerados más relevantes, se trata por tanto de una cuestión formal que se ha convertido en una norma

transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones. (...) No habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querellado -argumenta el TC- quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él, no se defiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido».

no escrita utilizada en la práctica forense, que ha supuesto una carga de trabajo desmesurada para los Letrados de la Administración de Justicia de los juzgados de instrucción, ya que la adveración supone una dedicación de muchísimas horas de escucha de conversaciones telefónicas para poder concluir si se ha tergiversado de alguna manera el contenido de lo transcrito.

En este punto cabe hacer una reflexión, a mi juicio de capital importancia. Los pasajes llevados al atestado policial por los agentes intervinientes en la intervención telefónica contienen normalmente un resumen de determinada conversación del investigado. Este resumen, en principio, refleja lo que dos personas hablan y que utilizan una jerga propia evitando el empleo de determinadas palabras que pudieran resultar incriminatorias para ellos, de suerte que, finalmente, lo que se está adverando, es una conversación entre dos personas que normalmente no se han llamado por su propio nombre y que por ejemplo hablan de «naranjas» para referirse a la droga. La reflexión que pongo de relieve tiene que ver con que esa adveración, que está introduciendo una prueba documental al proceso, proviene de un extracto de una conversación extraída de lo que el policía que redacta el atestado entiende como más relevante a su propio entender, haciendo una interpretación del sentido de una conversación atribuyéndole un sentido incriminatorio. Esta labor de interpretación, solo debe corresponder al juez de instrucción al momento de acordar o justificar una prórroga de intervención de comunicaciones, pero nos encontramos con que la prueba que accede al proceso en forma documental, en un primer momento, no es percibida directamente por el que tiene que valorarla, sino por el agente actuante. La solución no es fácil, ya que pasaría por la audición directa del juez de los pasajes que se consideren incriminatorios antes de acordar o justificar una prórroga de comunicaciones en todos los casos y esto sin duda, retrasaría enormemente una Administración de Justicia que ya es lenta a día de hoy.

Así las cosas, una vez adverada la transcripción de las conversaciones, tanto la doctrina actual como la jurisprudencia, avalan su incorporación al proceso para su valoración en forma de prueba documental (fonográfica), sin perjuicio de que su contenido pueda ser sometido al correspondiente juicio de

contradicción mediante su audición directa²⁸⁶.

Puede ocurrir que lo transcrito por la policía actuante no coincida completamente con la conversación grabada y que al momento de la adveración por el Letrado de la Administración de Justicia haya «convalidado» el contenido de determinado resumen de una conversación, que según su criterio, se ajusta al contenido de la conversación que no se ha transcrito literalmente. Esta cuestión, que no es baladí, nos conduce a una segunda reflexión en cuanto a la transcripción de las conversaciones telefónicas. Admitida que la adveración efectuada por el Letrado de la Administración de Justicia convierte en prueba documental una prueba preconstituida, sin intervención de las partes, Ministerio Fiscal y ni tan siquiera el juez instructor, convalidada por la posibilidad de control del contenido de las conversaciones por el Juez y las partes que tienen acceso a los soportes originales que las contienen. Pues bien, a diferencia de mi opinión anterior al respecto de que no cabe al Letrado de la Administración de Justicia efectuar valoraciones que no le competen por pertenecer al ámbito material de la prueba, considero que para la práctica del cotejo está plenamente legitimado por la Ley, en concreto la LOPJ que le atribuye la fe pública judicial en su art. 453 donde establece: «1. Corresponde a los Secretarios Judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias. (...) 4. En el ejercicio de esta función no precisarán de la intervención adicional de testigos».

²⁸⁶La STC 26/2010, de 27 de abril, expresa al respecto que «la no audición de las cintas en el juicio, así como que el Secretario no leyera la transcripción de las mismas, no supone, sin más, que las grabaciones no puedan ser valoradas por el Tribunal sentenciador. En efecto, las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico), (...) por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio puede hacerse, claro está, de maneras distintas. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones puedan reproducirse en el acto del juicio oral y someterse a contradicciones por las partes -bien de modo directo, mediante la audición de las cintas, bien indirectamente con la lectura de las transcripciones- no significa, como pretende la hoy recurrente, que la prueba documental fonográfica carezca de valor probatorio en los supuestos en los que haya sido incorporada como prueba documental y haya sido dada por reproducida sin que nadie pidiera la audición de las cintas o la lectura de su transcripción en la vista oral».

Por tanto, cualquier actuación procesal, que no jurisdiccional, emanada del Letrado de la Administración de Justicia, en el ejercicio de sus funciones, tendrá la presunción de veracidad por sí misma sin necesidad de testigos adicionales ni intervención de terceras personas; es por ello que entiendo que cualquier diligencia de cotejo que practique tiene plena validez aunque no intervengan las partes o el Ministerio Fiscal. Pero una cosa es un hecho de trascendencia procesal, como es el levantamiento de un acta y otro bien distinto es que a través de esa acta, en este caso de adveración o cotejo de las transcripciones de las conversaciones telefónicas, se cree una prueba documental que tiene acceso al proceso, en cuyo caso opino que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por mucho que dicha acta pueda ser rebatida posteriormente, incluso hasta el momento de su valoración en el plenario.

Se plantea otro problema añadido para el caso de que las conversaciones se hayan producido en un idioma extranjero. En este caso, la incorporación al proceso mediante su transcripción no puede hacerse bajo la fe pública que caracteriza el acta del Letrado de la Administración de Justicia, ni siquiera aunque conociera a la perfección el idioma, ya que será necesario que su traducción se efectúe por un intérprete jurado y habilitado para actuar legalmente. Las fuerzas policiales suelen apoyarse en estos intérpretes para la traducción de las conversaciones en lenguas extranjeras, que son las que acaban reflejadas en el atestado policial, que se presentan al juez para su valoración inicial y que acaban por convertirse en prueba de cargo. En la fase de instrucción se venía salvando esta situación mediante la adveración por parte del Letrado de la Administración de Justicia asistido de intérprete, cuestión que todavía vulnera más si cabe el derecho del investigado, ya que la fe pública judicial no puede más que reflejar lo que su titular ve o percibe por sí mismo y en otro caso, se está dando validez a lo que ve otro, que no es más que la valoración de lo que pudiéramos llamar un testigo indirecto. Es por ello, que se ha venido sustituyendo en algunas ocasiones, a mi entender con acierto, este cotejo de las conversaciones intervenidas por la ratificación durante la instrucción o incluso en el plenario del intérprete que intervino en la transcripción. En esta línea se manifiesta el Tribunal Supremo en STS

1911/2000²⁸⁷. En iguales términos se manifiesta la STS 1305/2004²⁸⁸.

4.4 Introducción por testimonio de los policías actuantes.

La tercera vía a través de la cual pueden acceder las intervenciones telefónicas al proceso como material probatorio es a través de la declaración testifical de los agentes que intervinieron el proceso de intervención. No es el medio habitual de acceso de las intervenciones al plenario para su valoración, pero ha sido contemplado por el Tribunal Supremo en algunas sentencias²⁸⁹, donde los policías actuantes que han intervenido en el proceso de escucha de las conversaciones, actúan como testigos de referencia ratificando las transcripciones llevadas al atestado policial, testimonio que en principio, debe ponerse en consonancia con el resto de las pruebas que obren en el proceso para alcanzar plena eficacia.

4.5 Aportación como prueba documental.

²⁸⁷La STS 1911/2000, de 12 de diciembre señala en este sentido que «cuando las conversaciones se produzcan en un idioma desconocido para el secretario judicial la adverbación de éste no será posible, ya que con su fe no podrá acreditar que las transcripciones que presenta la policía en cumplimiento del mandamiento judicial de las intervenciones telefónicas son fiel reflejo de lo que la audición de las cintas magnetofónicas revele. En tal caso, habrá de acudir a un intérprete, que intervendrá entonces como perito judicial; dicho intérprete auxiliará al secretario judicial, pero en realidad se convertirá en una prueba pericial de traducción, que se regirá por los preceptos de dicha prueba, particularmente los art. 456 y siguientes de la LECrim. Dichos peritos pueden o no tener titulación oficial, pero si no la tienen, basta con que, a juicio del juez, tenga especiales conocimientos sobre la materia sobre la que han de prestar su dictamen (art 457)».

²⁸⁸STS 1305/2004, de 3 de diciembre, cuando declara fuera de lugar, «el reproche que realiza el recurrente con respecto a la falta de intervención del secretario judicial, cuando éste, a causa de estar grabadas tales conversaciones en rumano, nunca podría dar fe de la autenticidad de la transcripción, y por el contrario, la intervención de perito intérprete en el plenario, convalida todas esas transcripciones de los autos».

²⁸⁹La STS 112/2012, de 23 de febrero, señala que «conviene recordar que ni la jurisprudencia constitucional ni esta misma Sala han exigido como presupuesto de validez ni de suficiencia probatoria que las cintas hayan sido objeto de audición en el plenario. Con carácter general, las escuchas, debidamente autorizadas, sometidas a control judicial e inspiradas en los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, serán susceptibles de valoración jurisdiccional siempre que puedan convertirse en verdadera prueba. En efecto, las SSTS 363/2008, de 23 de junio, 1778/2001, 3 de octubre y 807/2001, 11 de mayo, precisan que el contenido de esas escuchas, como medio de prueba plena en el juicio deberá ser introducido en el mismo regularmente, bien mediante la audición directa del contenido de las cintas por el tribunal, fuente original de la prueba, mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas, criterio también reiterado en las SSTS 1070/2003, 22 de julio y 112/2002, 17 de junio».

No habiendo solicitado ninguna de las partes la audición directa de las grabaciones que contienen las conversaciones intervenidas, ni solicitada la lectura de los pasajes que se consideren relevantes para la prueba de los hechos imputados constitutivos de delito, podrá introducirse el contenido de las comunicaciones intervenidas como prueba documental²⁹⁰ solicitando se tenga por reproducida, al constar en los autos su contenido. Dentro de las estrategias de acusación y defensa que puedan seguir las partes puede suceder que nadie niegue su contenido, ni discuta la forma de su obtención ni su aportación al plenario y simplemente se centre el debate en el contenido material de las mismas y si el mismo es suficiente para sustentar la acusación y su traducción en sentencia absolutoria o condenatoria²⁹¹.

4.6 Aportación de las grabaciones originales.

Como ya hemos adelantado, al juicio oral deben aportarse los soportes originales que contengan las conversaciones intervenidas. Esta es una cuestión que la jurisprudencia había considerado necesaria como salvaguarda del derecho de defensa del acusado. No obstante, la introducción del sistema SITEL, como medio a través del cual se intervienen la totalidad de las comunicaciones en la actualidad, ha supuesto una revisión de esta jurisprudencia, ya que los originales como tales no existen en formato cd o dvd,

²⁹⁰ Como señala DÍAZ RODRÍGUEZ, A.: «Administración electrónica y gestión de archivos, en Documentos electrónicos en la Administración. Regulación jurídica y gestión archivística» *Cuadernos de Estudios Técnicos*, Murcia, 2002, pág. 59, los documentos electrónicos incorporan ahora nuevos soportes que contienen la información, y que sumada información y soporte constituyen el documento.

²⁹¹ La STC 26/2010, de 27 de abril, se refiere a esta cuestión diciendo que «también hemos concluido que para dicha incorporación por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el acto del juicio, siendo admisible que se dé por reproducida, siempre que dicha prueba se haya conformado con las debidas garantías y se haya podido someter a contradicción y que tal proceder, en suma no conlleve una merma del derecho de defensa (...) las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico) por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio puede hacerse, claro está, de maneras distintas. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones puedan reproducirse en el acto del juicio oral y someterse a contradicciones por las partes, bien de modo directo, mediante la audición de las cintas, bien indirectamente con la lectura de las transcripciones no significa, como pretende la hoy recurrente, que la prueba documental fonográfica carezca de valor probatorio en los supuestos en los que haya sido incorporada como prueba documental y haya sido dada por reproducida sin que nadie pidiera la audición de las cintas o la lectura de su transcripción en la vista oral».

sino que se encuentran alojados en un ordenador central al que se accede a través de un programa instalado en unos ordenadores periféricos-, que permiten obtener una copia que se considera «auténtica» y obtenida con todas las garantías de fiabilidad, convirtiéndola en una verdadero original, aunque no lo sea efectivamente.

La Circular 1/2013 FGE ya ha acogido este criterio respecto a las grabaciones obtenidas por el sistema SITEL, poniendo el énfasis en que lo relevante es que los datos recogidos con el sellado que acompaña a los soportes llevados al proceso ofrecen suficientes garantías de veracidad.

Para una correcta incorporación de las pruebas al proceso es obligatorio aportar la totalidad de las grabaciones al acto del juicio. La falta de esta aportación, hemos adelantado anteriormente que no supone una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sino una irregularidad procesal que impediría la valoración de la prueba que no se presenta, pero no afectaría a las derivadas de la misma.

4.7 Puesta a disposición del material de audio grabado.

Tras la reforma de la LO 13/2015 se introdujo la obligación de entrega a las partes de «copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas» (art 588 ter i). Esta entrega se constituye como necesaria para el correcto ejercicio del derecho de defensa de las partes, ya que a través de su conocimiento pueden alcanzar a comprender los hechos delictivos que se le pueden imputar. Se plantea el problema de que se pueda declarar la nulidad por no haber sido entregadas las copias al momento. La jurisprudencia reciente todavía no parece haberse pronunciado sobre este aspecto, si bien, encontramos antecedente de esta cuestión en la STS 165/2013²⁹². En esta Sentencia el Tribunal Supremo pone el acento en la necesidad de que la parte tuviera a su disposición la totalidad del material que contenía las grabaciones,

²⁹²La STS 165/2013, de 26 de marzo, indica al respecto que «debe señalarse que han estado a lo largo de esta fase del procedimiento a su disposición, y que resulta desproporcionada su pretensión de que se le facilite la copia íntegra de todas las grabaciones. En definitiva, ninguna quiebra al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa puede anudarse al hecho de que no se facilitasen gratis -pues eso es lo que se solicita- las copias de las cintas. La respuesta del Juzgado de carecer de medios es sensata y razonable. Procede la desestimación de ambos motivos».

cuestión que parece razonable, ya que nada impide a la parte tomar conocimiento de la misma accediendo a las copias en Secretaría del Juzgado o en el propio acto del plenario, teniendo en cuenta además, que existe en los autos una transcripción del contenido de las conversaciones, por lo que difícilmente se puede considerar vulnerado el derecho de defensa alegando un desconocimiento de su contenido.

4.8 Identificación de voces.

La identificación de los interlocutores de las intervenciones telefónicas que se presentan al plenario se puede efectuar directamente por el tribunal por su propia percepción, que no olvidemos se dan en un contexto determinado, como son determinados teléfonos que han sido intervenidos, por lo que caso de que no tenga dudas respecto a la autoría de las voces no es necesaria una prueba pericial para determinarla, que por otra parte no está prevista expresamente en la ley.

No obstante, habrá ocasiones en que el juez de instrucción tenga dudas sobre la autoría de estas voces, o simplemente, a solicitud de parte, considere necesario despejar cualquier duda sobre la autoría de las voces, a cuyo fin, lo procedente sería acordar una pericial fonométrica, que consiste en la prueba por medio de la cual se determina que determinada voz recogida en un registro digital, pertenece indubitablemente a una persona determinada, de tal manera que no haya duda, o al menos sea razonable, de que el autor de la conversación intervenida es el investigado. No olvidemos que esta pericial debe ser valorada con otros indicios que también obran en las actuaciones, como son la pertenencia o uso del teléfono intervenido por el investigado o la declaración de los policías intervinientes, que en su conjunto puedan conducir al juez al convencimiento de esta autoría.

Para la realización de la prueba se debe disponer de una voz indubitada a partir de la cual se realizará el examen correspondiente con los aparatos técnicos necesarios, principalmente el osciloscopio, que sirve para comparar el patrón de voz con la examinada en un proceso similar a la pericial caligráfica. La obtención del patrón de voz indubitada para su contraste no supone una

intervención corporal²⁹³, ni se puede equiparar a una declaración de culpabilidad desde el punto de vista material. Tampoco puede equiparse la negativa a la práctica de la pericial con una confesión implícita, si bien deberá soportar las consecuencias que se puedan derivar de otras pruebas indirectas que puedan conducir al convencimiento del tribunal de la autoría de la voz como ya hemos dicho anteriormente²⁹⁴.

Sentada la base de que no es necesaria la práctica de la prueba fonométrica para la identificación de las voces que aparecen en las grabaciones efectuadas, por poder suplirse por otros medios como la apreciación directa del tribunal o la declaración testifical de los policías que efectuaron los seguimientos e intervenciones, para el caso de que la parte lo solicitara, le corresponderá la realización de la prueba por sus medios²⁹⁵.

²⁹³ STS de 3 de noviembre de 1997.

²⁹⁴ Así lo expresa la STS 837/2006, de 17 de julio, en la que señala que «conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, que recuerda la STS de 27 de septiembre de 2005, cuando el acusado rechaza la voz que se le atribuye y no propone la defensa, pudiendo haberlo hecho, una prueba pericial para ratificar su aseveración, está admitiendo con su simple rechazo que el Tribunal sentenciador valore las pruebas practicadas durante el juicio, cabiendo realizar la identificación no sólo mediante la audición de las cintas contrastándolas con la voz del acusado (SSTS 763/2003, de 30 de mayo; de 12 de marzo y 1075/2004, de 24 de septiembre), sino también a través de elementos probatorios de carácter indiciario (SSTS 138/2004, de 20 de febrero; 1075/2004, de 24 de septiembre y 1152/2004, de 13 de octubre), de la misma forma que la falta de impugnación por parte de la defensa determina la falta de necesidad de la pericial (SSTS 942/2000, de 2 de junio; 1393/2000, de 19 de septiembre y 763/2003, de 30 de mayo)».

²⁹⁵ En la STS 513/2010, de 2 de junio el Tribunal así lo declara cuando dice que «respecto a la falta de prueba fonométrica, en la STS 705/2005 de 6 de junio, decíamos en cuanto a la alegación de que no se puso en conocimiento de los acusados la audición para reconocer sus voces y en su caso, realizar la prueba fonométrica, que consta en los autos que el material quedó a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar aquella prueba y no lo hicieron, por lo que sería aplicable la doctrina de esta Sala (SSTS de 3 de noviembre de 1997; 19 de febrero de 2000 y 26 de febrero de 2000), según la cual “es la parte la que debió instar su realización de modo que si no lo hizo, reconoció implícitamente su autenticidad”, tal como sucedió en el caso examinado en el que no consta petición en tal sentido su referencia a ello en los escritos de conclusiones provisionales de las partes».

CAPITULO V

LA NULIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.

1 Introducción. La prueba ilícita.

Las causas de nulidad de intervenciones telefónicas están íntimamente relacionadas con la prueba ilícita, que podemos decir que se ha convertido en una figura jurídica con sustantividad propia y en torno a la cual se ha elaborado toda una doctrina.

El origen de la prueba ilícita lo situamos en la obtención de las pruebas que van a constituir la evidencia legal que sirva para articular una acusación formal contra un investigado con vulneración de los derechos fundamentales del mismo. Pero no cualquier vulneración origina una prueba ilícita, sino aquellas que tienen un contenido material, en este caso de carácter constitucional, sin que podamos considerar inicialmente prueba ilícita aquella que se obtiene con una mera infracción procesal, sino que debe afectar al origen de la fuente de prueba con quiebra de derechos fundamentales y con la consecuencia inmediata de su exclusión del material probatorio desde el primer momento, sin posibilidad de subsanación ni de producir efectos indirectos.

La prueba ilícita se produce o nace en el momento de obtención de la propia prueba e íntimamente relacionada con la obtenida con infracción de derechos constitucionales pero, obtenida, su incorporación al proceso como medio probatorio puede suscitar otras infracciones²⁹⁶, situando el problema en la separación de los medios de prueba según la fuente de la que provienen, por lo que incluso declarada la ilicitud de una fuente de prueba, podría llegar a

²⁹⁶CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, trad. Alcalá-Zamaroa y Castillo, Edición Depalma, Buenos Aires, 1982, págs. 67 y ss., al analizar los efectos de la prueba ilícita, hace una distinción entre el momento de la obtención de la fuente de prueba y el momento de su incorporación al proceso.

incorporarse al proceso si la misma se ha practicado con respecto a los derechos constitucionales, lo que equivale a la convalidación de la prueba ilícita. Esta idea hay que matizarla, ya que toda prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales es ilícita sin matices, e imposible su convalidación posterior. Como señala el profesor ASENSIO MELLADO, «la protección de derechos y prueba ilícita en España tiene como finalidad la defensa misma del orden constitucional, la jerarquía superior del sistema de derechos. (...) Así, la valoración de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales vulnera los derechos a un proceso con todas las garantías, a la igualdad y a la presunción de inocencia, aunque todos ellos no tengan un contenido coincidente. (...) La prueba es ilícita siempre que se vulneran las garantías constitucionales, al margen de la mala o buena fe de los autores de la violación. Es un efecto automático derivado de la posición de los derechos en el marco constitucional»²⁹⁷.

Situada por tanto la ilicitud de la prueba en la obtenida con vulneración de derechos fundamentales, inicialmente cualquier prueba ilícitamente obtenida debe ser ineficaz y no producir ningún efecto²⁹⁸, ya directo o indirecto, desde el inicio. Por contra, cuando la infracción no afecta a derechos fundamentales, sino a normas de carácter procesal, no podemos hablar de prueba ilícita sino de vicios o defectos procesales que podrían acarrear la nulidad de determinados actos, pero que no suponen la ilegalidad de la fuente cuya validez está fuera de duda al haberse obtenido con respecto a los derechos constitucionales. Un sector mayoritario de la doctrina define esta distinción aludiendo a la prueba ilícita como aquella prueba obtenida infringiendo cualquier ley, y la prueba prohibida que es aquella en cuya obtención se han infringido los derechos fundamentales tutelados por la Constitución²⁹⁹. Esta prueba prohibida limita, no solo los hechos que pueden

²⁹⁷ASENSIO MELLADO, J.M.: «La teoría de la conexión de antijuridicidad, como instrumento de limitación de los derechos fundamentales» *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*. Noviembre 2009, núm. 66, pág. 87.

²⁹⁸PLANCHAT TERUEL, J.M.: Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento. En «Estudios sobre la prueba penal». Editorial La Ley, Madrid, 2010, pág. 96, siguiendo la doctrina mayoritaria, equipara la expresión “no surtirán efectos” con una simple prohibición de valoración.

²⁹⁹GIMENO SENDRA, V., con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1996, págs. 384-385.

ser objeto de investigación y su conversión en medio de prueba válido, sino que impide que sean valorados en el plenario al momento de formar la convicción del juez que conoce del asunto³⁰⁰. Algunos autores, a esta distinción entre prueba ilícita y prohibida, añaden la que denominan prueba irregular, entendiendo por tal, aquella obtenida con vulneración de normas con rango inferior al constitucional, dedicadas a la regulación de la obtención de pruebas³⁰¹. No obstante, en mi opinión, todas estas distinciones, obedecen a dos cuestiones, una la referida al modo en que se obtiene la prueba y el otro a los efectos que la misma puede tener, bien de constitución de medio de prueba, o de prueba de cargo suficiente para su valoración en el plenario. En definitiva, para el desarrollo de este trabajo, me limitaré a utilizar el concepto de prueba ilícita, con carácter general, como aquella obtenida con infracción de ley, distinguiendo en todo caso las causas que motivan la ilicitud y sus posibles efectos en el proceso.

Por tanto, son dos las cuestiones principales en torno a las cuales se plantea controversia respecto a la prueba ilícita, el momento y los efectos de la declaración de prueba ilícita, que en materia de secreto de las comunicaciones centra el debate en si el momento de declaración de prueba ilícita es aquél en que se ha producido la quiebra del derecho constitucional del art. 18.3 CE y seguidamente, si los efectos de esa declaración deben expulsar del proceso de forma inmediata el resultado de la intervención de comunicaciones obtenida de forma ilícita o por el contrario se debe conservar hasta el momento de la valoración en el plenario, con los efectos que puede conllevar respecto a las pruebas derivadas que puedan resultar de la practicada ilícitamente. Anticipo que mi opinión se encamina a su expulsión inmediata de la causa, ya que una prueba ilegalmente obtenida no tiene cabida en un proceso y más aún cuando de esa prueba ilegal pudieran llegar a derivarse otras que pueden adquirir una validez en función de la conexión de antijuridicidad de la misma.

2. la conexión de antijuridicidad y el art. 11.1 LOPJ.

³⁰⁰ASENCIO MELLADO, J.M.: Prueba prohibida y prueba preconstituida... op. cit., pág. 75.

³⁰¹RIVES SEVA, A.P.: *La intervención de las comunicaciones* op. cit., pág. 221.

Señala el profesor ASECIO MELLADO, que la conexión de antijuridicidad es una teoría «ideada por el TC para servir de cauce de valoración de los efectos de la pruebas obtenidas indirectamente de otras atentatorias a los derechos fundamentales», y añade que además «ha comportado la relegación del artículo 11.1 LOPJ a norma meramente formal, ya que no sólo ha perdido su plena eficacia con esta creación jurisprudencial, sino que, derechamente, se actúa de forma contraria a sus disposiciones»³⁰².

El art 11.1 LOPJ declara la ilicitud de las pruebas indirectamente obtenidas, estableciendo su nulidad por el hecho exclusivo de ser derivadas, es decir, solo es necesaria una conexión natural entre las pruebas derivadas o conexas obtenidas como consecuencia de las originarias. Por tanto, si la prueba originaria o directa es nula, la derivada lo es por la misma causa, extendiéndose los efectos de la ilicitud. La conexión de antijuridicidad es el mecanismo creado por el TC y TS en el que se introducen en el proceso deductivo otros elementos de valoración que alteran por vía indirecta el fundamento central de protección de los derechos fundamentales, permitiendo que determinadas pruebas derivadas no sean declaradas nulas siguiendo la suerte de la prueba originaria, por no haberse obtenido infringiendo directamente derechos fundamentales, negando la conexión entre la causalidad natural (que produce la nulidad directa) de la conexión refleja, en la que se permite su convalidación como si se trataran de hechos con entidad propia y existencia independiente.

Declarada la ilicitud de una prueba, lo siguiente es preguntarse el alcance de esa ilicitud y si sus efectos deben de extenderse al resto o parte del material probatorio, es decir, debemos analizar la conexión de antijuridicidad y sopesar si el conocimiento derivado de determinadas pruebas hubiera podido adquirirse por medios independientes a aquél que ha dado lugar a la vulneración en lo que se conoce como doctrina de “los frutos del árbol envenenado”, figura de origen anglosajón, que implica, siguiendo a MAGRO SERVET «que la declaración de nulidad carece de autarquía. Si contamina las pruebas restantes conduce a la absolución al no existir prueba de cargo. Si no se produce tal efecto, la consecuencia no es otra que la de determinar si la

³⁰²ASECIO MELLADO, J.M.: «La teoría de la conexión de antijuridicidad...op. cit., pág. 85.

prueba no afecta y tomada en cuenta por el juzgador puede estimarse apta y suficiente para reputar enervada la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción de inocencia consiste»³⁰³.

Establecida la nulidad de una prueba ilícitamente obtenida, serán válidas las restantes en las que se establezca una desconexión causal entre las que fundan la condena y las declaradas ilícita.

Dentro de las posibles causas de nulidad de intervención de comunicaciones telefónicas, distinguimos entre la nulidad derivada del art. 11.1 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de protección constitucional (art. 18.3 CE), por no haberse observado los requisitos preceptivos que exige la ley en cuanto a su adopción amparada en resolución judicial suficientemente motivada y sometida al juicio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad por parte del juez instructor que la dicta y la nulidad por la deficiente aportación al proceso del resultado de la intervención, al no reunir las garantías necesarias para poder constituir una evidencia legal que se convierta en prueba preconstituida suficiente para articular una acusación formal contra la persona investigada³⁰⁴, que podríamos definir como la legalidad ordinaria.

Esta segunda causa de posible nulidad derivada de la incorporación al proceso del resultado de la intervención de las comunicaciones, podemos afirmar que incide con mayor fuerza en el derecho a un proceso con todas las garantías. En este sentido, se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional³⁰⁵, afirmando que todo lo referente a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna la garantía de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en

³⁰³MAGRO SERVET, V. «Momento procesal para la alegación y resolución de la prueba ilícita. La conexión de antijuridicidad». *La Ley*. Madrid. 2007. Núm. 5874/2007, pág. 9.

³⁰⁴En este sentido se expresan las SSTC 165/2005, de 20 de junio y 184/2003, de 23 de octubre.

³⁰⁵STC 265/2002, de 18 de septiembre.

prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 49/1999³⁰⁶, 166/1999³⁰⁷, 126/2000³⁰⁸ y 202/2001).

Por tanto, la intervención de las comunicaciones que haya sido avalada en origen por la correspondiente resolución judicial comprensiva de todos los presupuestos necesarios para su validez, inicialmente se constituye en prueba plena y el simple defecto procesal que no afecte al contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones no puede afectar a su validez material. No obstante, puede quedar afectada su capacidad para convertirse en prueba de cargo válida para fundamentar una condena. Otra cuestión es la validez de estas conversaciones como material para la investigación, que deriven posteriormente en pruebas que finalmente acceden al proceso y que no se hubieran producido sin esta información. A esta conexión se refiere la Circular 1/2013 FGE al decir:

«ha de operarse con la idea de que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino que debe darse también la conexión de antijuridicidad (STS 740/2012, de 10 de octubre). La prohibición de valoración de pruebas originales no afectará a las derivadas si entre ambas, en primer lugar, no existe la relación natural; o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre y 167/2002, de 18 de septiembre).

La conexión causal entre ambas pruebas constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuridicidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuridicidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión (STC 66/2009, de 9 de marzo). La existencia de un nexo causal entre ambas constituye un requisito necesario pero no suficiente para afirmar la ilicitud constitucional de las pruebas derivadas, (...) a la hora de analizar si concurre la conexión de antijuridicidad

³⁰⁶STC 49/1999, de 5 de abril

³⁰⁷STC 166/1999, de 27 de septiembre.

³⁰⁸STC 126/2000, de 16 de mayo.

debe operarse en una doble perspectiva, interna y externa. En el ámbito de la primera se tratará de ver si la prueba refleja puede decirse jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, en cuanto adquirida con medios distintos y autónomos de los determinantes de aquélla; y en el de la segunda, tendría que comprobarse si la prohibición de valorarla viene o no exigida por las necesidades de tutela del mismo derecho fundamental (SSTC 1140/2010, de 29 de diciembre; 28/2002, de 11 de febrero; 249/2000, de 30 de octubre). Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente, sobre ninguno de los aspectos que configurar el contenido del derecho fundamental sustantivo».

La independencia de las pruebas respecto de la declarada ilícita y su posible conexión causal ha sido analizada por el Tribunal Constitucional, llegando a la conclusión de que se deben declarar ilícitas cuando tengan una relación directa con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental, por lo que si la prueba en cuestión tiene un origen totalmente ajeno al acto invalidante nada impide su valoración. El problema se plantea cuando la prueba está relacionada de alguna manera con la que se obtuvo con vulneración del derecho constitucional del secreto de las comunicaciones, que origina la ilicitud de la prueba por haberse obtenido a partir de su conocimiento, en cuyo caso, inicialmente, quedarían excluidas de la valoración por la prohibición del art. 24.2 CE pero, no obstante, pueden existir otras pruebas o indicios que valorados en su conjunto pueden dar lugar a la admisión de esta prueba que en principio debería quedar excluida sin más. Así la STC 66/2009³⁰⁹, reiterando lo indicado en anteriores SSTC 81/98 Y 49/99 analizó la

³⁰⁹STC 66/2009, de 9 de marzo, señala «que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente), y otra perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela de la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones. Concretamente hemos dicho que “Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo».

conexión causal entre la prueba ilícita y la derivada, abordándola desde una perspectiva interna, que analiza las garantías menoscabadas para la obtención de la prueba original y desde una perspectiva externa, que atiende a los requisitos formales necesarios para la efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal manera que la prueba refleja solo es válida si no incide sobre la misma ninguno de los dos aspectos en que puede haber sido vulnerado el derecho.

La jurisprudencia constitucional inicial en lo referente a la interpretación del art. 11.1 LOPJ ha evolucionado a lo largo del tiempo, reconduciendo la posición inicial³¹⁰ de prohibición de valoración de cualquier prueba derivada de

³¹⁰STC 81/1998, de 2 de abril, dictada por el Pleno. BOE núm. 108 de 6 mayo 1998, donde empieza efectuando una distinción entre los derechos fundamentales sustantivos de los derechos que llama procesales y que se refieren al derecho a un proceso con todas las garantías protegido por el art. 24. CE, y sienta doctrina respecto a la conexión de antijuridicidad y la valoración de la prueba refleja, «El problema surge, pues, cuando, tomando en consideración el suceso tal y como ha transcurrido de manera efectiva, la prueba enjuiciada se halla unida a la vulneración del derecho, porque se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella.

Pues bien: en tales casos la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 5º; 86/1995, fundamento jurídico 3º; 181/1995, fundamento jurídico 4º; 49/1996, fundamento jurídico 5º) y reafirmamos expresamente ahora, es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex art. 24.2 C.E.

Sin embargo, a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos (STC. 254/1988, fundamento jurídico 3º), en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4º y 54/1996, fundamento jurídico 9º).

Esto sentado, los términos en que se halla planteado el problema nos obligan a indagar en la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a través del conocimiento derivado de otra realizada vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, para poder establecer si estamos ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general a que nos hemos referido en el fundamento jurídico anterior, extendiendo, en consecuencia, la prohibición de valoración a las pruebas derivadas o reflejas; o, por el contrario, nos hallamos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla.

Según se ha dicho, tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de

una declarada ilícita en la que no exista una conexión causal entre originaria y derivada, encadenando esta ilicitud sin límite a todas las obtenidas de la fuente de ilicitud, como consecuencia directa de aplicación del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, que debe presidir el procedimiento penal. En una segunda etapa, matiza esta interpretación admitiendo excepciones, evitando esa extensión infinita del efecto prohibitivo derivado del art. 11.1 LOPJ, introduciendo factores de corrección. Finalmente, el último paso y que a la postre ha supuesto un giro en la interpretación inicial, lo encontramos en la STC 97/2019 en la que desliga la prueba ilícita de su rango constitucional, supeditándola a aquéllos casos en que se produce una vulneración material del derecho fundamental introduciendo, para declarar la ineficacia de una prueba derivada el «juicio de experiencia», que comprenderá un análisis de cada caso concreto, en el que se valorará con carácter previo a la expulsión de la prueba los intereses en juego, aunque concurra alguna vulneración de derechos fundamentales, vinculando esta garantía a la idea de un proceso justo que identifica con el art. 24.2 CE³¹¹.

Como no podía ser de otra manera, el Tribunal Supremo también ha evolucionado en su jurisprudencia³¹², adoptando este criterio de corrección

las comunicaciones.

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981, fundamento jurídico 8º).

³¹¹Así lo entiende ASENCIO MELLADO, J.M.: «La STC 97/2019, de 16 de julio. «Descanse en paz la prueba ilícita». Diario La Ley, n.º 9499, Sección Tribuna, 16 de Octubre de 2019, pag. 14.

³¹²STS 44/2013, de 24 de enero, en la que refiriéndose a la interpretación del art. 11.1 LOPJ, señala: «(...) para evitar extender hasta el infinito el efecto prohibitivo derivado del artículo 11.1 LOPJ, se admiten excepcionalmente factores de corrección. Este criterio del Tribunal Constitucional coincide, en líneas generales, con las doctrinas vigentes en el Derecho Comparado sobre esta materia.

El juego de regla general y excepción se deriva de que la prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías, que impide la utilización

desarrollando la doctrina de la conexión de antijuridicidad como el enlace jurídico entre ambas pruebas, la original y la derivada, desligándola de su conexión meramente causal, admitiendo excepciones que han supuesto una limitación de la prohibición absoluta de la valoración de las pruebas derivadas, debiendo atender al caso concreto³¹³. En esta evolución jurisprudencial se atenúa el efecto anulatorio de la prueba derivada, a la que añade la exigencia de la existencia de una conexión jurídica entre ambas, o conexión de antijuridicidad, más allá de la simple causalidad natural que impediría su valoración³¹⁴, debiendo analizarse la posible vulneración desde dos perspectivas; la interna, que atiende a la gravedad de la infracción y su repercusión en las pruebas reflejas, y la perspectiva externa, que atenderá a las circunstancias del caso concreto, donde se ponderará la conducta intencionada o gravemente negligente de los investigadores para evitar la utilización de esta estrategia de investigación de una manera fraudulenta y con el fin de intentar evitar una convalidación posterior de los resultados obtenidos. Apreciada la conexión de antijuridicidad, se impone la prohibición de valoración que debe constatarse en cada caso concreto con la debida identificación de las razones que la justifiquen³¹⁵.

de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y además en nuestro ordenamiento esta prohibición constituye un mandato legal específico (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por ello la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la citada doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización».

³¹³STS 523/2017, de 7 de julio.

³¹⁴STS 228/2017, de 3 de abril. ROJ 1991/2017, en la que analiza esta evolución jurisprudencial en la figura de la conexión de antijuridicidad en sus perspectivas interna y externa.

³¹⁵STS 2/2018, de 9 de enero, en la que respecto a esta prohibición de valoración establece, «la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general, qu solo cabe exceptuar, conforme a la citada doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización. Prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, pues la utilización de procedimientos inconstitucionales alaba indirectamente surtiendo efecto».

Reside por tanto en la conexión de antijuridicidad la determinación de la admisión de las denominadas pruebas reflejas, como material probatorio obtenido de forma derivada de una intervención de comunicaciones obtenida ilícitamente. Este razonamiento, que debe efectuar el juzgador, comprende dos estadios. En primer lugar, debe examinar los elementos internos y externos que han dado lugar a la vulneración del derecho fundamental que determinó la ilicitud de una prueba, en este caso la intervención telefónica; es decir, debe indagar en las garantías vulneradas y que inevitablemente pasan por el proceso de su adopción en relación con la resolución judicial y el juicio de proporcionalidad de la medida. En segundo lugar, debe plantearse si aún existiendo una conexión causal entre la declarada ilícita y la derivada, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones es de tal entidad que necesariamente extiende sus efectos a la misma. Se trata por consiguiente, de un juicio de ponderación que corresponde al juzgador.

3. La STS 116/2017, de 23 de febrero, dictada en el caso Falcciani.

Hervé Falcciani era un empleado del banco suizo HSBC, del que sustrajo documentos en los que se detallaban los nombre y cuentas de contribuyentes españoles que ocultaban su dinero a la Hacienda Pública española. Como consecuencia de estos documentos se creó la llamada “lista Falcciani” que se utilizó como prueba que sirvió de base para fundamentar una sentencia condenatoria por delito fiscal y cuyo conocimiento llegó al Tribunal Supremo que dictó la trascendente sentencia 116/2017 de 23 de febrero, siendo ponente el Ilmo. Magistrado Manuel Marchena, en la que se analiza el alcance del art. 11 de la LOPJ, distinguiendo según la prueba cuya eficacia se analiza se haya obtenido directamente por los poderes públicos a través de sus propios medios, en cuyo caso no puede admitirse la prueba, o aquellos casos en los que la prueba se haya aportado por un particular independiente del aparato del Estado en su actuación y que no persigue directamente la obtención de pruebas sino más bien un beneficio económico.

En el argumento de la sentencia, el Tribunal Supremo no abandona la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas mediando vulneración de derechos fundamentales, más bien lo dota de un sentido genuino al entenderlo como un «mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue

sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior». Por tanto, esta nueva perspectiva abre el camino al estudio de cada caso concreto y a la necesidad de ponderar las circunstancias y derechos fundamentales en juego para poder declarar la ilicitud de una prueba aportada por un particular, en función de si ha actuado al servicio directo o indirecto de los poderes públicos, en cuyo caso es plenamente nula, igualmente que cuando la actuación del particular afecta al núcleo del derecho fundamental afectado, siendo válidas las que afectan a los llamados aspectos periféricos del derecho³¹⁶.

A mi entender, en lo que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones, esta nueva visión abandona definitivamente el criterio objetivo de prohibición de valoración de toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, adentrándose sin retorno en el campo de la subjetividad de la valoración judicial de cada caso concreto, en el que la conexión de antijuridicidad se restringe, invalidando sólo aquellas intervenciones de comunicaciones obtenidas con vulneración constitucional directa, avalando aquéllas otras infracciones en que la vulneración afecte únicamente a aspectos accesorios del proceso. La experiencia nos dice que la subjetividad acaba creando inseguridad ante la posibilidad de distintas soluciones jurídicas de un mismo supuesto. El Tribunal Supremo está llamado a cumplir con su labor de unificación de criterios en la interpretación de las leyes y en el presente caso ha tomado justo el camino contrario.

4. La autoincriminación.

La LECrim. establece en su art. 118 los derechos de los detenidos al momento de prestar declaración judicial, entre los que se encuentra el derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo.

³¹⁶A este respecto el profesor ASENSIO MELLADO, J.M.: «La STC 97/2019, de 16 de julio... *op. cit.*, pág. 5, afirma que «la distinción entre el núcleo esencias y la periferia no está clara, ni tiene base alguna cierta, por lo que queda sujeta a la discrecionalidad e inseguridad, criterios peligrosos cuando se trata de amparar derechos humanos».

Planteado el derecho a no declarar contra si mismo que asiste a todo investigado, la duda se plantea cuando en el transcurso de una intervención telefónica se obtiene información incriminatoria del investigado que sin saberlo declara contra si mismo, de tal manera que se plantea la controversia sobre el valor que se debe otorgar al resultado de esa intervención telefónica que contiene una autoincriminación.

La doctrina científica se decanta por dos posiciones definidas, los que consideran como LÓPEZ-FRAGOSO³¹⁷ que la declaración inculpatoria obtenida durante una intervención de comunicaciones no puede considerarse como prueba, ya que el sujeto no está prestando una declaración judicial con todas las garantías que asisten a un investigado, que ha de considerarse como una simple comunicación entre personas, pero en ningún caso un acto procesal que pudiera considerarse como prueba, al faltar la voluntad del comunicante y que en caso contrario, vulneraría el derecho constitucional que le asiste de no declarar contra sí mismo garantizado por el art. 24.2 CE. Se trataría por tanto, de indicios que deberían ser valorados con el resto de las pruebas de forma conjunta. La otra posición doctrinal sostiene, como LÓPEZ BARJA³¹⁸, que las declaraciones obtenidas de las conversaciones telefónicas intervenidas, en las que no hubiera mediado ningún engaño para obtenerla, constituyen prueba directa, plena y no indiciaria. Se considera que ha mediado engaño en aquellos casos en los que la confesión se produce por la intervención en la conversación de un agente encubierto que provoca la declaración inculpatoria. En el mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ LAINZ³¹⁹.

El Tribunal Constitucional ha negado en repetidas ocasiones la concurrencia de la conexión de antijuridicidad al analizar las declaraciones inculpatorias que se producen en sede judicial. Así, en SSTC 136/2006³²⁰, y

³¹⁷LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas ... op. cit.*, págs 118 y ss.

³¹⁸LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *op. cit. Las escuchas telefónicas ...*, págs 208 y ss.

³¹⁹RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*. Ed.Bosch, Barcelona 2002, pág 150.

³²⁰STC 136/2006, de 8 de mayo, en la que señala que «los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado

184/2003³²¹, vino a remarcar que cuando un detenido presta declaración en sede judicial, con pleno respeto a sus derechos y asistido de abogado, se rompe la conexión de causalidad entre el acto ilícito y la confesión realizada de manera espontánea y consciente de hechos que le autoincriminan y, en tal caso, no podrá reclamarse posteriormente una vulneración de sus derechos. Por tanto, no toda declaración de culpabilidad se puede dar por suficiente para establecer la conexión de antijuridicidad respecto a la prueba ilícita. Para poder apreciarla, es necesario que la confesión del investigado haya sido voluntaria y espontánea.

El Tribunal Supremo, Sala II, también ha sentado doctrina en diferentes sentencias. En las SSTs 406/2010³²² y 529/2016, entre otras, en la que matiza la aplicación de la desconexión de antijuridicidad ante el reconocimiento de los hechos por parte del investigado, estableciendo una serie de requisitos a tener en cuenta,

- 1) La eficacia de la prueba ilícita tiene carácter excepcional.
- 2) La declaración de autoinculpación debe tener lugar ante un juez y con información de sus derechos y en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra si mismo, a guardar silencio y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.
- 3) Debe estar asistido de Abogado.
- 4) La declaración debe ser voluntaria y espontánea, sin vicios que puedan afectar a su formación y existir cierto lapso prolongado de tiempo entre el

siempre como prueba válida. En consecuencia “las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental».

³²¹STC 184/2003, de 23 de octubre.

³²²STS 406/2010, de 11 de mayo.

suceso y la declaración para garantizar la propia espontaneidad.

5) La declaración debe ratificarse en el acto del juicio oral, con pleno conocimiento de la trascendencia de su admisión.

6) Que la admisión de los hechos lleve implícita la de la responsabilidad que se derive de lo confesado, al menos de la calificación jurídica que se pueda desprender. La declaración debe ser tenida en cuenta en su conjunto y no solo de aquello que le pueda ser favorable al confesante.

La consecuencia de esta autonomía de la prueba refleja, que adquiere valor de evidencia legal a pesar de vulnerar un derecho fundamental sustantivo, supone la convalidación admitida por el derecho público y que puede desembocar en un pronunciamiento condenatorio, con el respeto de un proceso público con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

5. Efecto de la prueba ilícita.

El efecto inmediato que debería tener la prueba declarada ilícita por infracción de un derecho fundamental, debería concretarse en la exclusión inmediata del proceso, además del material probatorio que se hubiera obtenido como consecuencia del proceso de obtención de la prueba. La mera prohibición de valoración parece una respuesta un tanto insuficiente, ya que a pesar de tratarse de una infracción grave, su posible convalidación posterior rebaja considerablemente la exigencia de especial tutela de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española, ya que finalmente accede al proceso en perjuicio de un ciudadano que hasta ese momento está protegido por la presunción de inocencia, también de especial protección constitucional, con el fin último de articular un elemento probatorio que no debería haber nacido, incluso cabría preguntarse si la simple presencia en el proceso no contamina al resto de pruebas que se hayan obtenido legalmente, ya que sin duda condiciona el juicio de valor del juez instructor, que no podrá mirar a otro lado por mucho que lo intente.

La intervención telefónica declarada ilícita no debería haberse practicado nunca, por lo que no debería ser subsanada a través de una prueba

derivada de la misma que sirva para convalidarla y su expulsión del procedimiento, se debe declarar sin atender siquiera al contenido material de las conversaciones interceptadas, de sus datos asociados o de valorar el grado de indefensión producido a las partes. Tampoco se puede graduar la intensidad de la vulneración para decretar su ineficacia, simplemente se debe expulsar del proceso por vulnerar un derecho de protección constitucional como es el secreto de las comunicaciones, atendiendo al fin último de la protección del sistema constitucional de la tutela de los derechos fundamentales. No debemos confundir esta «nulidad material» del art. 11.1 LOPJ, que seguidamente analizaremos, con la nulidad procesal que permite conservar parte de las actuaciones que no estén afectadas de nulidad, que siguen produciendo los efectos que le son propios, incluso su convalidación posterior.

Tampoco podemos olvidar que las intervenciones telefónicas, además de un medio de prueba, también se han convertido en un medio de investigación policial de gran relieve y la permisividad en la obtención de pruebas, que aún declaradas ilícitas sirven de soporte a una investigación, puede conducir a un abuso en su utilización y una relajación en los requisitos necesarios para su autorización judicial, conscientes de que, obtenido el resultado, por ilícito que sea el procedimiento empleado, podrá ser utilizado para avanzar en la investigación, en cuyo caso, habrá que preguntarse sobre el precio pagado por la sociedad en general. Asistimos casi diariamente con estupor a la revelación del contenido de grabaciones de conversaciones telefónicas, algunas de ellas con la sospecha de haberse obtenido sin la oportuna resolución judicial y a debates parlamentarios sobre la utilización partidaria del sistema SITEL, que nos hacen pensar que es necesario establecer un control sobre todo el sistema en general.

6. La prueba ilícita, arts 225 y 287 LEC y su conexión con el art. 11.1 y 238.3 LOPJ

A la nulidad de los actos procesales se refieren los arts. 238 a 243 LOPJ, destacando el art. 238.3 en lo referente a la nulidad de pleno derecho de los actos procesales que «cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión» y

el 240³²³ en cuanto al momento y forma de hacer valer una causa de nulidad. Por su parte, el art. 11.1 LOPJ, no habla directamente de nulidad, pero si de que no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, es decir se refiere a una causa de nulidad material, que en este caso impediría la valoración de esa prueba obtenida de forma irregular. Establece este artículo:

«Artículo 11.

1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Como hemos visto anteriormente, hay que distinguir entre la nulidad material de cualquier prueba, en la que se haya infringido algún derecho fundamental, de la nulidad procesal, en la que falta alguno de los requisitos que hacen que el acto esté incompleto, en los que se llaman actos anulables y que son susceptibles de convalidación posterior, de aquellos que se han adoptado prescindiendo totalmente de los requisitos expresamente tasados en la Ley, que son nulos de pleno derecho y que no pueden ser convalidados por actuaciones procesales posteriores por afectar a un derecho constitucionalmente protegido. No obstante, siendo necesario articular la nulidad procesal a través del recurso de las partes, a las que debe generar algún perjuicio y sujetas por tanto a apreciación por parte del juez que resuelve, que podrá hacerlo bien en resolución dictada al efecto, o en la propia sentencia, podríamos afirmar que en mayor o menor medida todos los defectos procesales son subsanables.

³²³ Art. 240 LOPJ, que establece: «1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

2. Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal».

En cuanto a los efectos que produce esta nulidad procesal, la regla general es la de validez de aquellos actos que sean independientes del declarado nulo y la declaración de ineficacia de los que son consecuencia del mismo.

Hemos visto que el art. 11.1 LOPJ se refiere a la prohibición de valoración de las pruebas ilícitamente obtenidas, que sintoniza con el art. 225³²⁴ LEC, que también se refiere a la nulidad de pleno derecho de determinados actos procesales, pero curiosamente, también encontramos en la LEC un artículo referido a la prueba ilícita y que debemos entender que es de aplicación supletoria, como tantos otros, a la LECrim, concretamente el 287, que establece en su apartado primero: «cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud». Por otra parte, como apunta MARTÍNEZ GARCÍA³²⁵, aunque la LEC no hace

³²⁴Que establece: « Artículo 225. Nulidad de pleno derecho. Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- 1.º Cuando se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
- 2.º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
- 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.
- 4.º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.
- 5.º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Secretario judicial.
- 6.º Cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia.
- 7.º En los demás casos en que esta ley así lo establezca ».

³²⁵MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 126.

mención de nulidad de la prueba derivada, esta puede deducirse por aplicación de los arts. 225 a 230, relativos al incidente de nulidad de actuaciones que impide que de los actos nulos se puedan derivar otros con eficacia procesal³²⁶.

Evidentemente hay que salvar las diferencias de los procedimientos civiles y penales, pero lo pongo de relieve en este momento para hacer ver que la reforma de la LECrim, ha perdido nuevamente una oportunidad de referirse expresamente al momento de valoración de la prueba ilícitamente obtenida y que se traduce nuevamente a la remisión continua de las sentencias a la jurisprudencia emanada de los altos tribunales al enjuiciar el caso concreto.

Se plantea por tanto, el interrogante sobre la necesidad de la existencia del art. 11.1 LOPJ, a la vista del régimen de nulidades previsto en el art. 225 LEC y 238.3 LOPJ y la respuesta la encontramos en la diferente perspectiva de ambos preceptos; el art. 11.1 viene a posibilitar la expulsión de un procedimiento penal de cualquier prueba obtenida violentando el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, pero no solo la originaria, sino cualquiera derivada de la misma, ya que afecta al aspecto material de la intervención de las comunicaciones y por tanto debe ser expulsada junto con el resto del material probatorio obtenido como consecuencia del resultado de la misma, mientras que la previsión del art. 238.3 LOPJ y 225 LEC se refieren a la perspectiva de legalidad ordinaria de esas pruebas en cuanto a su acceso al proceso, impidiéndole surtir efectos lesivos para la parte ofendida pero sin afectar al resto de actos, derivados o no del mismo, que se han adoptado con pleno respeto a la legalidad ordinaria, que por tanto justifican su conservación, respondiendo así al principio *in dubio pro actis* que preside las leyes procesales.

Nos hemos referido expresamente a la nulidad procesal por estar íntimamente relacionada con la nulidad material que puede afectar a una intervención de comunicaciones. Tengamos en cuenta que uno de los requisitos necesarios para justificar la injerencia en este derecho fundamental

³²⁶ Establece el art. 230 LEC «La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni de la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad», por lo que, del tenor literal de dicho artículo, podemos extraer que la nulidad de un acto se extiende a todos aquellos que tengan alguna conexión con el mismo.

es que se autorice en resolución judicial. De ahí, que aquella que acceda al proceso sin las debidas garantías, deberá ser denunciada por la parte que se sienta perjudicada o en su caso, por el Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, articulando el correspondiente recurso de nulidad. Se plantea entonces una disyuntiva. Si el recurso es desestimado, la intervención de comunicaciones surtirá pleno efecto como prueba preconstituida. También podrá admitirse el recurso, con lo cual será ineficaz y no podrá valorarse su contenido, a salvo las consideraciones que hemos hecho anteriormente y una tercera posibilidad se da cuando en la propia resolución del recurso planteado se convalidan los defectos de que pudiera adolecer la intervención declarada ilícita, en cuyo caso, podríamos hablar de una nulidad parcial, rechazando el contenido de lo obtenido con fecha anterior a la resolución del recurso, pero asumiendo la validez de lo acontecido a partir de esa fecha con las pruebas que se puedan derivar de la misma. Resaltamos no obstante que, pudiendo ser el camino de la nulidad procesal el que nos conduzca a la nulidad material propia de una prueba ilícita no debe confundirnos, ambas tienen naturaleza diferente y aunque tengan un mismo efecto, como es la ineficacia de la intervención de las comunicaciones practicada, no pueden equipararse conceptos diametralmente opuestos, el de nulidad material de la intervención telefónica obtenida de manera ilícita con alcance y protección constitucional, que no puede ser subsanado de ninguna manera, y el de nulidad procesal, de carácter infraconstitucional, que puede ser convalidado y producir efectos. A esta distinción de los efectos que puede producir la nulidad material y la irregularidad procesal se refiere la STS 201/2006, de 1 de marzo, donde señala que,

«debemos distinguir en relación con la validez de las pruebas derivadas de intervenciones telefónicas, aquellas derivadas de infracciones de alcance constitucional en relación al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, acarrearán, sin duda, la nulidad absoluta de sus resultados como prueba, e incluso la eventual contaminación invalidante de las otras pruebas derivadas directamente de esta irregular fuente principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (STS 999/2004 de 19.9), de aquellas infracciones que tuvieren un mero carácter procesal, cuya consecuencia alcanzará tan solo al valor probatorio de los productos de la interceptación de las comunicaciones, manteniendo aún su

valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas derivadas de ella. En este sentido, hay que tener exclusivamente por infracciones de alcance constitucional, en la materia que nos ocupa, la ausencia de fundamento bastante de su autorización, la conculcación del principio de proporcionalidad que ha de regir la decisión del Juez, por supuesto la absoluta ausencia de acuerdo judicial o los defectos trascendentales en el mismo, así como la total omisión de motivación y la absoluta indeterminación de la clase de delito perseguido, de la identificación del sujeto pasivo o de los encargados de ejecutar la diligencia, de los números telefónicos a intervenir o de los límites temporales para la ejecución de la restricción del derecho fundamental y periodicidad de los informes al Juzgado por parte de los ejecutores de la práctica. También tendrán el mismo carácter las graves incorrecciones en la ejecución de lo acordado, que supongan una extralimitación en el quebranto de los derechos del afectado o de terceros, prórrogas temporales o extensiones a otros teléfonos no autorizados expresamente, y en definitiva cualquier actuación de los investigadores que incumpla lo dispuesto por el Instructor en lo relativo a los límites constitucionalmente protegidos. Por el contrario, no trascienden de la condición de meras infracciones procesales, con el alcance y efectos ya señalados, otras irregularidades que no afecten al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y que tan solo privan de la suficiente fiabilidad probatoria a la información obtenida, por no gozar de la necesaria certeza y de las garantías propias del proceso o por sustraerse a las posibilidades de un pleno ejercicio del derecho de defensa al no ser sometida a la necesaria contradicción. Como señala la STS 998/2002, de 3.6, tales requisitos son los propios que permitan la valoración directa por el Tribunal sentenciador de todo el caudal probatorio y que por ello se refieren al protocolo de incorporación al proceso, y la efectiva disponibilidad de la aportación de las cintas originales integradas al proceso y la efectiva disponibilidad de este material para las partes, junto con la audición o lectura de las mismas en el juicio oral lo que le dota de los principios de oralidad y contradicción; salvo que, dado lo complejo o extenso que pueda ser su audición se renuncie a la misma bien entendido que dicha renuncia no puede ser instrumentalizada por las defensas para tras interesarla, alegar posteriormente vulneración por no estar correctamente introducidas en el plenario».

No hemos ahorrado el integrar todo este pasaje de la referida sentencia

por lo esclarecedor de los diversos pormenores que distinguen entre causas de las que se deriva la nulidad de la intervención telefónica de aquellas meras irregularidades que no impiden su efectividad.

7. Momento de declaración de prueba ilícita.

7.1 Durante la fase de investigación.

Con carácter general, un amplio sector de la doctrina se muestra a favor de excluir la prueba ilícita tan pronto como sea conocida su ilicitud, en la fase de admisión³²⁷, evitando la producción de efectos, tanto para la investigación, como para su valoración posterior en el plenario.

La declaración de ilícita de una intervención telefónica se debería decretar desde el mismo momento en que sea conocida la vulneración del derecho fundamental³²⁸ y como hemos dicho, su expulsión del proceso con todas aquellas pruebas derivadas de la misma que no superen la desconexión de antijuridicidad. Siguiendo al Profesor ASECIO MELLADO, «la prueba ilícita, pues, debe ser decretada en la fase de investigación si ya se conoce, y, en su defecto, no ser admitida como prueba; si es admitida, no ser valorada; y, si es valorada, no ser tomada en consideración para fundamentar en ella la condena»³²⁹.

Por tanto, la intervención telefónica no debería autorizarse por el juez instructor ante una petición de la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal cuando observe que la petición adolece de alguno de los requisitos indispensables para su posterior eficacia referidos a los indicios que se le presentan, el delito

³²⁷Entre otros, LÓPEZ YAGÜES, V.: *La inviolabilidad de las comunicaciones* op. cit. Págs. 452-453 y PAZ RUBIO, J.J.: *La prueba en el proceso penal* ... op. cit. Pág. 231.

³²⁸GÓMEZ COLOMER, J.L.: La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. En «Prueba y proceso penal», Valencia, 2008, pág. 127, incide en que la posponer la declaración de ilicitud de una prueba al momento final del proceso, con la posibilidad de afectar a todo lo actuado es un efecto que debe intentar evitarse, principalmente por razones de economía procesal.

³²⁹ASECIO MELLADO, J.M.: La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita. Pag. 29.

investigado y sus intervinientes. Incluso si se autorizara la intervención de manera irregular, las partes podrían denunciar la ilicitud en este momento procesal para intentar evitar que acceda al procedimiento y surta el efecto pernicioso de su valoración, o utilización de su contenido para justificar otras actuaciones de investigación. Únicamente si expulsamos de manera inmediata la intervención telefónica ilícita se evitará la producción de otras pruebas derivadas, que inicialmente tampoco deberían obtenerse y su expulsión se debería formalizar no solo a modo de declaración de ineficacia, sino de manera explícita desgranándola del procedimiento.

ojo: no solo en este caso; también cuando se autorizan las escuchas irregularmente; las partes podrían en este caso denunciar la ilicitud en este momento procesa

7.2 En la fase intermedia.

Incoado el Procedimiento Abreviado con el correspondiente auto, las partes que aprecien que la intervención de comunicaciones se ha adoptado con vulneración de derechos fundamentales y para el caso de que sea la única prueba de cargo, o las derivadas de la misma estén afectadas por la conexión de antijuridicidad, deberán solicitar el sobreseimiento de la causa o la declaración de nulidad de la prueba ilícita para evitar su valoración posterior en el plenario, ya que su permanencia podrá incidir en la percepción del órgano sentenciador al momento de valorar las pruebas y efectuar el juicio de valor pertinente para el análisis de la conexión de antijuridicidad de las pruebas derivadas y su utilización, aunque sea de manera analítica, supone atribuirle unos efectos incriminatorios que no debería tener.

7.3 En el acto del Juicio Oral.

Al comienzo de la sesión del juicio oral las partes deberán alegar la ilicitud de aquellas pruebas que consideren obtenidas con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Como hemos adelantado anteriormente y reiterado a lo largo de esta obra, aun cuando sea expulsado del juicio probatorio difícilmente podrá abstraerse el juez sentenciador del efecto «psicológico contaminante» que supone el examen de una prueba que debe conocer en profundidad para poder valorar su exclusión. Se establece no obstante, un mecanismo de salvaguarda para la parte que considere vulnerado su derecho, así, para el caso de que no se acepte su

alegación de prueba ilícita, deberá formular protesta que servirá para articular un posterior recurso contra la sentencia que se dicte con base en un material probatorio ineficaz.

El acto del juicio oral es el momento en el que debe valorarse las pruebas que han de servir para fundamentar una sentencia. Una de las posturas, la dominante de hecho, equipara la ilicitud probatoria con la prohibición de valoración. Bajo mi punto de vista, y siguiendo al profesor ASENCIO MELLADO «aquellos que defienden la postura de equiparar ilicitud probatoria con prohibición de valoración, sin aportar argumentos de ningún tipo para ello, incurren en un grave error, pues ignorando que la prueba ilícita afecta a la obtención de las fuentes, trasladan la nulidad al medio practicado, con lo que, por una parte confunden dos categorías jurídicas, la prevista en el art. 11.1 LOPJ, y la derivada de la garantía del derecho a la presunción de inocencia. Pero, a la vez, al poner el acento de la ilicitud en el momento de la práctica y valoración de la prueba, dan valor a las pruebas reflejas en un doble sentido: el primero permitir que las pruebas ilícitas mantengan su validez produciendo sobre su base actuaciones dependientes naturalmente de ellas, pero lícitas, posibilitando, pues, esa ilicitud o aprovechamiento en el tiempo; el segundo, al rehabilitar indirectamente las pruebas ilícitas mediante otras cuya práctica se adecue a las exigencias de medio legalmente establecido»³³⁰.

Por los argumentos que expresamos al hablar de la fase intermedia, entiendo que las comunicaciones ilícitamente intervenidas no pueden dar lugar a su mantenimiento hasta el momento de valoración en el acto del juicio oral. Al juez sentenciador debe presentarsele un material probatorio limpio de cualquier prueba ilícita, por tanto, no solo no pueden acceder las intervenciones obtenidas con vulneración de derechos constitucionales sino que, a mi entender, tampoco deberían acceder aquellas pruebas derivadas directamente de la intervención de comunicaciones ilícita.

8. Causas de nulidad de interceptación de comunicaciones.

RODRÍGUEZ LAINZ, señala determinados ejemplos de defectos que

³³⁰ASENCIO MELLADO, J.M.: “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”. *Diario La Ley (LA LEY 53/2013)*, núm. 8008, Sección Doctrina, 2013.

impiden la valoración de aquellas intervenciones telefónicas que no han superado los requisitos necesarios examinados desde una perspectiva externa, haciendo la siguiente enumeración:

- «1º La ausencia de autorización judicial que respalde el acto de injerencia.
- 2º La intención, por parte de la autoridad solicitante, de vulnerar el secreto de las comunicaciones (se ocultan o tergiversan informaciones especialmente relevantes, se varían intencionadamente datos de identidad, etc.); o su actuación gravemente negligente con el mismo efecto vulnerador.
- 3º El incumplimiento absoluto del deber de motivación, de suerte que impida cualquier posibilidad real de realizar un juicio externo de la proporcionalidad de la medida adoptada; y el carácter absolutamente inasumible del juicio inferencial (indicios en que se basa el presupuesto habilitante) o de los juicios de valor de la resolución habilitante (juicios de proporcionalidad, necesidad, especialidad y utilidad de la medida).
- 4º El exceso radicalmente grave en la ejecución del acto de injerencia, en tanto que afecte en su esencialidad a las pautas marcadas por la resolución habilitante»³³¹.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

³³¹RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.; Magistrado del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Córdoba: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal. Adaptado a la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial Jurídica Sepín SL. 2016, pag. 14.

CAPITULO VI

PROPUESTAS DE MEJORA

Las novedades introducidas en la LECrim por la LO 13/2015 han supuesto una positivización de los criterios marcados por el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en materia de secreto de las comunicaciones, además de cumplir con las persistentes recomendaciones del TEDH en cuanto a la necesidad de completar la normativa relativa a esta materia, por ser necesaria una regulación expresa que avale cualquier intervención de comunicaciones. La nueva regulación creo que debe valorarse positivamente al abordarse en su conjunto la materia, con el inconveniente de haberse efectuado de manera fragmentaria y no como parte de una reforma integral y necesaria, de la LECrim, lo que ha supuesto un desglose de difícil manejo del art. 588, al que se han añadido infinidad de apartados, bis, ter, quarter....

I. Ampliación del catálogo de delitos art 579 LECrim.

La positivización del catálogo de los delitos que pueden ser investigados mediante la intervención de comunicaciones, situándola en el umbral del

castigo con pena superior a tres años, supone una objetivización razonable de los supuestos en que se pueda acudir a esta medida excepcional. No obstante, esta delimitación penológica comprende en sí misma el cierre de la posibilidad de investigación a través de este medio, que no olvidemos en la actualidad se ha convertido en el instrumento de investigación más empleado por la policía para su investigación, de determinados delitos que han alcanzado una expectante relevancia. No parece muy proporcionado, aunque la pena así lo indique, que pueda investigarse a través de intervención de comunicaciones de una persona, su participación en delitos tales como hurtos agravados (art. 235 CP), robos (art 237 y ss CP), daños cualificados y daños informáticos (arts 263.2, 265, 266 y 264 CP), conducción temeraria (art. 381.1 CP), y en definitiva determinados delitos que, aun habiéndose determinado su gravedad, por la pena señalada en el Código Penal, no tienen la relevancia penal o social de otros delitos castigados con menos pena, que han alcanzado, al menos en el momento actual, una corriente a favor de emplear cualquiera de los medios con que cuente el Estado para su represión y castigo, incluida la intervención de comunicaciones y me refiero en este punto a determinados delitos relacionados con actividades de partidos políticos y funcionarios públicos de carácter político, como la financiación ilegal de partidos políticos (art 304 bis CP), prevaricación de funcionarios públicos (arts. 404, 405 y 406 CP), revelación de secretos (art. 417.1 CP), tráfico de influencias (arts. 238, 429 y 430 CP), y las negociaciones prohibidas a funcionarios públicos (art 439 y ss. CP).

Esta ausencia, condiciona enormemente la posibilidad de la investigación de estos delitos relacionados íntimamente con los denominados «delitos de corrupción», poniendo de manifiesto la deficiencia de la nueva regulación, que por la pena a imponer pueden no ser objeto de investigación a través de intervenciones de comunicaciones, salvo que se consideren de especial gravedad, gravedad que atañe a lo subjetivo del que adopta la decisión de intervención y por tanto sujeto a un criterio personal. Sin duda parece razonable que se incluyera dentro de este nuevo artículo 579.1 LECrim la posibilidad de investigación de estos delitos y otros de especial gravedad con carácter general, emulando la posibilidad de investigación de los delitos relacionados con el terrorismo o el crimen organizado, desligándolo del criterio subjetivo de la consideración de su gravedad e incluyéndolos de manera específica, sin vincularlos a la pena prevista en el código para estas figuras

delictivas.

II. Atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal.

Parece irremediable la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción de los procedimientos penales, homologando así nuestro proceso penal a la corriente de otros países de nuestro entorno cultural europeo que cuentan con esta figura de fiscal instructor, que completaría la introducción plena del sistema acusatorio. Esta inversión de los papeles entre el fiscal acusador y el juez de garantías puede suponer un avance en las investigaciones en las que se acuda a la intervención de comunicaciones, siempre que se cumpla con determinados requisitos, como el control efectivo o la creación específica de una Policía Judicial, con una funciones redefinidas y potenciadas en cuanto a efectivos y especialistas en diversas ramas delictivas, adscrita directamente a las órdenes del fiscal investigador, separando la fase de investigación en dos. Una primera preliminar en la que sin necesidad de autorización judicial se pueda iniciar una investigación para obtener pruebas suficientes que justifiquen la intervención de comunicaciones, que obligatoriamente debe adoptarse con autorización de un juez de garantías, que vele por la necesaria justificación de cualquier medida que pueda suponer una vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Existen voces críticas a la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción, pero en el fondo es una crítica cultural derivada de la larga tradición del ejercicio de la actividad investigadora judicial por los jueces de instrucción que se consideran independientes. Pero, abstrayéndonos de lo que ahora conocemos y efectuando un análisis objetivo, podemos llegar a la conclusión de que el *ius puniendi* pertenece al Estado y que su ejercicio, por tanto, debe efectuarse a través de los medios que se encuentran a su alcance, como son la policía y en cierta medida de un Ministerio Fiscal que, aunque independiente, tiene una organización jerarquizada y al servicio del Estado (que no del gobierno de la Nación). Por tanto, no debemos pensar en ningún momento que esto suponga que el Estado manipularía cualquier investigación, ya que todos ellos están vinculados por la Ley y deben actuar en consecuencia y en todo caso, siempre estaría vigilante el poder judicial, también independiente, que velaría por que la actuación del Estado, a través del gobierno de la Nación, en

su legítimo ejercicio, no cometiera excesos o irregularidades.

Planteado este escenario, cualquier investigación policial, que arrojará indicios que justifiquen una investigación judicial se presentarían al Ministerio Fiscal, que a partir de ese momento, dirigiría la investigación hasta el momento en que no fuera posible continuar sin acudir a otro medio que implique una intervención de comunicaciones del investigado, que se presentaría al Juez de garantías para su debida autorización y control posterior.

Ampliación de la fase intermedia del procedimiento penal

Independientemente de la atribución o no de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal, es conveniente una redefinición de la llamada fase intermedia del procedimiento penal, añadiéndole una vertiente material además de la propiamente procesal. En esta fase intermedia, se podría introducir un trámite de formación de pieza de pruebas en la que se incluiría aquéllas que quisiera utilizar cada una de las partes en el acto final del juicio. De esta manera, en esta pieza, las partes solicitarían la inclusión de aquellos pasajes que consten transcritos en el atestado sobre las intervenciones telefónicas o de comunicaciones que se hubieren dictado, que no estén afectadas de nulidad. Esto tendría dos consecuencias inmediatas; por una parte, permitiría la remisión al órgano enjuiciador únicamente de estas piezas que contienen el material probatorio junto con los correspondientes escritos de acusación y defensa, de tal manera que el juez o tribunal que ha de conocer del asunto, solo tendrá a la vista aquella parte de las intervenciones telefónicas que no estén afectadas de nulidad absoluta por vulneración de derechos fundamentales o afectadas por la conexión de antijuridicidad, consiguiendo preservar intacta la conciencia del que debe decidir el juicio, que no se ve afectado por la valoración previa en cuanto a la obtención de determinadas intervenciones telefónicas para decidir sobre su validez o nulidad. Por otra parte, esto supondría la introducción en esta fase intermedia del mismo trámite de alegaciones previas del Juicio Oral. Así, junto a los escritos de acusación y defensa, se puede introducir el trámite de presentación de escrito sobre alegaciones previas, en el que las partes podrían exponer aquellas cuestiones que actualmente se suscitan al inicio de las sesiones del juicio oral, además de atacar la validez o nulidad de aquellas intervenciones telefónicas que consideren nulas, decidiéndose en tal caso por el juez instructor, que considero

incluso más apropiado que el enjuiciador toda vez que conoce con mayor profundidad y detalle del asunto, evitando la contaminación de éste último.

III. Tratamiento del material probatorio obtenido.

Prácticamente la totalidad de las intervenciones de comunicaciones se efectúan a través del sistema SITEL. Sobre la seguridad del sistema, hay unanimidad, planteándose controversia en cuanto a la presentación del material obtenido a la autoridad judicial, que no tiene control sobre la verificación de posibles manipulaciones. Para zanjar estas controversias, parece conveniente reforzar la seguridad jurídica de que el contenido de los DVD,s se corresponde exactamente con los datos extraídos del ordenador central al que se vuelcan las comunicaciones intervenidas desde los operadores. La solución se puede obtener combinando un sistema tecnológico de sellado de archivos, de tal manera que no puedan manipularse, no solo los datos extraídos del ordenador central, estadio que ya ha sido superado, sino que tampoco se pueda manipular el DVD en el que se vuelcan las conversaciones. Además, se debería adjuntar a este DVD un archivo en el que conste la fecha y hora de las personas que han tenido acceso a los datos, identificados con su firma electrónica, la fecha y hora de cada una de las descargas que se haya efectuado de los datos, con el fin de saber con la máxima certeza cuántas copias se han expedido y qué personas han tenido acceso a la información, completándose con una certificación emitida por el jefe del operativo policial al que se autorizó para efectuar la intervención, que debe ser distinto a los que hayan intervenido en el proceso de volcado de los datos, en el sentido de que la información obtenida ha sido descargada por agente facultado, sin que se haya producido ningún acceso por tercero no autorizado. Así, finalmente se presentaría a la autoridad judicial el DVD con las conversaciones y el archivo que justifique las personas y descargas que se han efectuado desde el ordenador central, con el certificado del jefe del operativo policial que valida la actuación del personal policial, junto con el justificante de una correcta cadena de custodia del material probatorio hasta su presentación a la autoridad judicial.

En cuanto al contenido de las grabaciones obtenidas, entiendo que deberían de descargarse íntegramente y transcribirse en el atestado policial en su totalidad con el fin de que, posteriormente, levantado el secreto de las actuaciones, cada una de las partes en el proceso puedan acceder de forma

directa a las mismas y proponer la inclusión o exclusión de aquellos pasajes que consideren de interés para formar parte del material probatorio incriminatorio o exculpatario, superando el estado actual en el que se introducen en el proceso a través del atestado solo aquellos pasajes que se han considerado relevantes por los agentes actuantes, que a la postre son los que en la práctica han posibilitado las sucesivas prórrogas y la formulación de las acusaciones.

Todas estas garantías adicionales darían un plus de autenticidad, que despejaría las posibles dudas en cuanto al resultado final de las intervenciones de comunicaciones que acceden al proceso como material probatorio.

IV. Destrucción de los registros que contienen las comunicaciones intervenidas.

La nueva regulación deja expuesta una deficiencia en cuanto a la destrucción de los registros que constituyen el material probatorio una vez finalizado el proceso. La posibilidad de eliminación de los registros, bien por absolución del investigado, bien por el transcurso de un plazo razonable, en este caso de cinco años desde el archivo de las actuaciones, supone un intento de salvaguarda del derecho a su intimidad, ya que en caso contrario se produce una “deshonra perpetua” por la existencia de un material que podría existir físicamente incluso más allá de la propia extinción de los antecedentes penales que se le pudieran haber generado por una condena. La propia puesta a disposición de las partes del material probatorio, junto a la posibilidad de obtención de copias de las comunicaciones intervenidas por las partes, deja sin contenido efectivo la orden de destrucción de unos registros llamados «originales», que son idénticos a las «copias» facilitadas a las partes. Difícil o imposible solución se puede aportar, por lo que nuevamente acudiría a la obligatoriedad de expendición de cualquier copia por parte de los funcionarios policiales encargados de la gestión del sistema SITEL, de tal manera que, cualquiera de las entregadas a las partes realmente fueran originales en los que conste la fecha y hora de su obtención, para una mejor identificación de aquél que pudiera hacer un uso indebido de la copia que se le entregara durante el proceso, introduciendo incluso un inciso en el art. 588 bis k) en el sentido de requerir a las partes para que presenten aquellas copias que se le facilitasen anteriormente y el requerimiento expreso de aportar cualquier copia que se haya podido realizar de la misma.

V. La fase del Juicio Oral

Situándonos en el hipotético contexto apuntado anteriormente de una redefinición de la fase intermedia con la inclusión de las correspondientes piezas probatorias que contendrían las que interesen a cada una de las partes, con sus escritos de acusación y defensa, depurada en esa misma fase, mediante un nuevo trámite con el fin de solventar cualquier cuestión preliminar que afecte a la validez de cualquier intervención de las comunicaciones, llegada la causa al órgano enjuiciador, o mejor solo las piezas probatorias, únicamente cabe el inicio del juicio. Aquí nos encontraríamos con que cualquier nulidad de intervención de comunicaciones habría sido anteriormente resuelta y en su caso expulsada de la causa (durante la fase de instrucción), por juez distinto al que debe de conocer del asunto, evitando su contaminación y consiguiendo una mayor objetividad en el resultado de la valoración de las pruebas que se le presentan, que es en definitiva la primera expresión del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

CONCLUSIONES

I. El derecho al secreto de las comunicaciones.

El derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho constitucional consagrado en el art. 18.3 y tiene como finalidad la protección objetiva de la libertad de los individuos de poder comunicarse sin restricciones, tanto en lo referente al contenido de la conversación, como a determinados aspectos accesorios de la misma. Es un derecho con evidente contenido formal, cuyo objetivo principal está orientado a proteger a los ciudadanos de cualquier injerencia por parte de terceros y del Estado. Este es el núcleo alrededor del cual gira este derecho fundamental, la prohibición de injerencias por parte de terceros en el proceso de comunicación, prohibición absoluta, que solo puede declinar en aquellos casos en que se estima necesario su sacrificio para la obtención de otros fines que también se consideran de entidad suficiente para justificar la intromisión, como la persecución y castigo de delitos para los que el Código Penal prevé una pena superior a tres años, delitos de terrorismo y relativos al llamado crimen organizado. Para que este derecho ceda en favor de otros fines que se consideran preponderantes por la sociedad, será necesario el cumplimiento de unos requisitos legales para su adopción, principalmente que se autorice en una resolución judicial, en la que se expresen los requisitos previstos en la ley, además de los indicios delictivos que la fundamentan, sus destinatarios y el juicio de proporcionalidad que la motiva, que debe ser de suficiente entidad para justificar la medida.

Debe de existir un equilibrio entre el derecho de los ciudadanos al secreto de las comunicaciones y la potestad que ostenta el Estado en la prevención y castigo de las actividades delictivas. Su encuadre dentro de los derechos fundamentales en la Constitución Española lo dota de una especial protección que impone al Estado la obligación de utilizar este recurso invasivo de la intimidad de los ciudadanos solo en los casos considerados de particular gravedad por la sociedad y siempre observando los requisitos legalmente establecidos, que se constituyen en una garantía de vigilancia de posibles excesos y que se articula a través del control judicial, tanto en su autorización, como en el control del resultado y sus prórrogas.

Son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones las personas

físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad, como se deduce de la definición abierta del propio art. 18.3 CE. «3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones (...); por tanto tiene un carácter eminentemente subjetivo y directamente conectado con valores incardinados en la esfera más íntima de la persona como la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. De ahí su inclusión en el Título I de la Constitución, otorgándole una especial protección jurídica, el recurso de amparo.

La legitimación para poder invadir este derecho la ostenta el Estado y se vertebra a través de la exigencia que refleja en el propio art. 18.3 CE «3. Se garantiza (...) salvo resolución judicial». Por tanto, solo a través de una resolución judicial se podrá adoptar una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones.

Existen zonas de conflicto entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad; una de ellas la encontramos en la posibilidad que se ha introducido en la LECrim respecto a la posible captación y grabación de comunicaciones orales directas que mantenga el investigado en espacios abiertos, vía pública, domicilio o cualquiera otros lugares cerrados. Esta posibilidad convierte el contenido de la comunicación en el verdadero protagonista, relegando al artificio técnico a través del cual pueda discurrir a un segundo plano y abriendo la posibilidad de generar un conflicto abierto y claro con el derecho a la intimidad de los titulares de la vivienda o aquellos que puedan estar conviviendo con la persona investigada y cuyas comunicaciones no son objeto de investigación policial ni judicialmente autorizadas, por lo que cabe preguntarse si la intervención de estas comunicaciones en domicilio no tendrían mejor acomodo en la protección del art. 18.2 CE que declara la inviolabilidad del domicilio y que impide, a mi entender, esta captación sin el consentimiento del titular o resolución judicial y que puede ser una persona distinta de la investigada. El derecho a la intimidad es un derecho personal de cada individuo, de carácter formal, en cuanto a la disposición de determinada información sobre aspectos íntimos de su vida, mientras que el derecho al secreto de las comunicaciones comprende, no solo el contenido de la comunicación sino que engloba también al propio proceso de comunicación, aspecto formal y material, extendiéndose además, a determinados datos

asociados de indudable trascendencia. Por tanto, son derechos autónomos, con sustantividad propia y con sus propios mecanismos de ejercicio y posibilidades de injerencia por parte de terceros. En cuanto a la revelación del contenido de la comunicación por uno de los interlocutores, no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo que revele determinados datos íntimos, como el sexual, enfermedades, ideológicos o cualquier otro que no fuera conocido y patente del otro interlocutor, en cuyo caso se vulneraría su derecho a la intimidad.

II. La LO 13/2015 de reforma de la LECrim.

Se publica su contenido en el BOE de 6 de octubre de 2015, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Supone una nueva manifestación del fracaso del legislador en el enésimo intento de reforma integral de la LECrim, otro parche más que desde su nacimiento deja en el aire determinadas cuestiones sin abordar, que vislumbran una futura reforma. En lo que respecta al derecho al secreto de las comunicaciones, aborda por un lado el contenido formal de la solicitud de intervención telefónica y, por otro lado, el contenido de la resolución judicial que habilita la injerencia del Estado en el derecho fundamental.

El Tribunal Supremo, en numerosas ocasiones, había subrayado la necesidad de abordar de manera inaplazable una nueva regulación de las intervenciones de comunicaciones para adaptar su regulación a las exigencias de la jurisprudencia del TEDH, que venía exigiendo la necesidad de que cualquier injerencia en el secreto de las comunicaciones debe asentarse en una norma legal que la respalde. Especial atención merece la intervención de las comunicaciones telefónicas, constituida como el principal medio de investigación policial utilizado para la averiguación de la comisión de determinados delitos de particular relevancia y sus intervinientes.

III. El principio de legalidad procesal.

El amparo que otorga el art. 18.3 CE al secreto de las comunicaciones viene a corroborar de manera expresa la previsión legal del art 8.2 del CEDH, que impone la necesidad de que esté contemplado en el derecho interno de cada país, la norma que regule y establezca los límites, garantías y control de

la limitación de este derecho. En nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo las directrices del CEDH, cualquier restricción de derechos fundamentales exige el sometimiento a una norma legal que respalde la restricción. Esta Ley, debe cumplir con determinados requisitos de conocimiento y accesibilidad por parte de sus destinatarios, así como de las consecuencias que resultan de su adopción. Durante mucho tiempo ha existido un vacío legal que se ha completado con la jurisprudencia de nuestros altos tribunales, que han llenado ese hueco adaptándose a las previsiones del TEDH en la materia del derecho al secreto de las comunicaciones. La LO 13/2015 ha venido a elevar a rango de norma legal los criterios que hasta ese momento se venían adoptando por los juzgados y tribunales españoles, siguiendo el camino marcado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

IV. Principios rectores de las intervenciones telefónicas.

El principio de proporcionalidad implica que la investigación esté dirigida a la averiguación y represión de delitos graves, cuya concreción debe realizarse, no solo en atención a la pena prevista para el delito, sino también al reproche social que caracteriza determinadas conductas que generan una alarma social, a veces temporal, que empuja al legislador de turno a establecer mecanismos expresos para luchar y en la medida de lo posible prevenir, la comisión de determinados delitos. El segundo principio a que ha de responder la medida es el de especialidad, en tanto que ha de estar relacionada con un delito concreto, siendo reprobables las investigaciones de conductas generales de un determinado individuo, debiendo centrar la investigación a una persona concreta y suficientemente identificada. También deben observarse los principios de excepcionalidad e idoneidad de la medida, de tal forma que solo debe adoptarse la medida restrictiva de derechos fundamentales cuando no sea posible emplear medidas menos gravosas para el individuo investigado y que sean igualmente útiles.

De los principios rectores, el de proporcionalidad adquiere especial relevancia y se traduce en el juicio que debe encaminar al juez que adopta la medida, a reflejar en la misma de manera expresa, los motivos que le conducen a autorizar la injerencia o restricción de un derecho fundamental como es el derecho al secreto de las comunicaciones y evitar investigaciones sin

fundamento -principio de proporcionalidad en sentido estricto-, y que a su vez integra en ese proceso de decisión, el de idoneidad, referido a la adecuación de la medida en función del fin perseguido con la misma; y el de necesidad o subsidiariedad, en cuanto a la posibilidad de utilizar el recurso menos gravoso para el derecho fundamental. Estos principios deben conducir el proceso de ponderación de la medida restrictiva, valorando en el mismo si el sacrificio del derecho individual del secreto de las comunicaciones de su titular, debe ceder en beneficio de la sociedad en su conjunto, de ahí, que solo esté permitido acudir a este sacrificio de manera excepcional y en determinados supuestos tasados legalmente. En este punto, cabe plantearse si la autorización de intervenciones de comunicaciones se está convirtiendo en un medio de investigación policial al que se acude sin haber agotado otros medios menos gravosos para los derechos de los ciudadanos investigados también idóneos para la obtención de los mismos resultados, contraviniendo los principios de idoneidad y excepcionalidad, que se erigen en la garantía del control de los investigadores policiales.

También se manifiesta el principio de proporcionalidad en el control de la ejecución de la medida a través de su concesión por un tiempo determinado, que obliga a los agentes autorizados a dar cuenta de los resultados obtenidos, en cuyo momento dará por finalizada o acordará nueva prórroga.

V. El nuevo art. 579 Lecrim

El art. 579 LECrim que ve la luz tras la reforma, introduce unos requisitos objetivos que posibilitan la adopción de una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones. Estos requisitos pueden ser de distinta naturaleza. Así, en el apartado primero, delimita los delitos que pueden justificar la adopción de la medida restrictiva, requisitos objetivos, fijándolo en delitos que el Código Penal castiga con pena de al menos tres años de prisión, delitos relacionados con el crimen organizado y de terrorismo. No obstante, de la lectura literal del artículo, cabe preguntarse si es posible la adopción de la medida de intervención de comunicaciones en los llamados ahora delitos leves, o en aquellos delitos culposos que se pongan de manifiesto en el transcurso de una investigación de hechos que pudieran considerarse propios de la actividad terrorista. La segunda delimitación, introducida en el apartado segundo se refiere al límite temporal de esta medida restrictiva, que con

anterioridad a la reforma no estaba expresamente regulada y que ahora se acota en un abanico que abarca desde un día a los dieciocho meses, siendo la primera que se adopte de un máximo de tres meses.

VI. La solicitud de intervención de comunicaciones.

La CE atribuye al Poder Judicial la potestad de autorizar las intervenciones de comunicaciones, que podrá adoptarla de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, excluyéndose la acusación particular o popular. Al momento de solicitarse una medida de injerencia en este derecho deben presentarse al juez autorizante unos indicios objetivos que proporcionen elementos suficientes para justificar la adopción de la medida frente al investigado. Se constituyen por tanto los indicios en uno de los presupuestos habilitantes de la resolución en que se adopta la medida. Además de estos indicios, se deben detallar en la solicitud aquellas razones que justifiquen el juicio de proporcionalidad para adoptar la medida restrictiva del derecho fundamental. Igualmente, también se deberán reflejar otras cuestiones relativas a datos objetivos, referidos tanto a la identificación del investigado como de la fuerza actuante que llevará a efecto la intervención y la forma de su ejecución.

VII. La resolución judicial autorizante.

Presentada la solicitud el juez instructor, la examinará y se cerciorará de que la misma cumple tanto con los requisitos formales, en cuanto a los elementos que se establecen como necesarios en el contenido de una solicitud de intervención de comunicaciones, como aquellos elementos subjetivos que, en forma de hechos con apariencia delictiva, justifiquen la adopción de la medida. Para el caso de considerarla justificada, adoptará la medida mediante resolución judicial en forma de auto, que también está sometido a una serie de requisitos, tanto formales, como subjetivos en cuanto a la motivación suficiente para amparar la intromisión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la persona investigada. Esta motivación, no solo es una exigencia formal impuesta al juez, sino que se arbitra como una garantía eficaz para la persona afectada por la intromisión, que podrá combatirla posteriormente, ya que si se llevara a efecto sin cumplirse con alguno de estos

requisitos será nula en origen y, por tanto, los resultados que se obtengan, no podrán alcanzar la categoría de material probatorio para sostener posteriormente acusación formal contra un individuo, al haberse obtenido con vulneración de sus derechos fundamentales.

La motivación debe ser razonable y despejar cualquier duda sobre su justificación, dando a conocer las razones que han conducido a la adopción de la medida, sin que sea exigible una extensión determinada y una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha conducido el razonamiento plasmado en la resolución, de manera que pueda entenderse el porqué de lo resuelto, excluyendo de manera clara las actuaciones arbitrarias.

Dictada la resolución judicial, los agentes autorizados materializarán la intervención de comunicaciones por el tiempo y en los términos que se fijen en el auto autorizante, en el que deberá constar asimismo, el plazo concedido para desarrollar la investigación.

VIII. Control y prórrogas.

La nueva regulación de la intervención de las comunicaciones introducida por la LO 13/2015, introduce, a mi entender con acierto, un nuevo límite temporal durante el que puede tener lugar la intervención acordada, fijándolo entre un día y dieciocho meses, evitando que la excesiva prolongación en el tiempo comprometa el propio derecho constitucional. Con antelación al transcurso del plazo concedido inicialmente para la vigilancia de las comunicaciones del investigado, deberá darse cuenta al juez autorizante del resultado de la investigación y de los progresos que se hayan alcanzado para justificar lo acertado y necesario de la medida autorizada y, en su caso, de la posible prórroga de la misma, con el fin de afianzar la investigación en curso de manera que conduzca a la averiguación exacta de los hechos delictivos investigados y las personas participantes en ellos. Se establece por tanto con esta obligación de rendir cuenta del resultado obtenido hasta el momento concreto de la investigación un segundo control de la medida, que junto con el límite temporal, constituyen la garantía de que la misma cumple con los parámetros de legalidad y oportunidad exigibles para no vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones, tanto en su concesión inicial, como en las posteriores prórrogas que se puedan autorizar.

En el terreno de la práctica forense, tanto al momento de solicitar una nueva prórroga de la medida de intervención, como al finalizar la misma, se deberá informar al juez autorizante del resultado de la investigación mediante la presentación del oportuno atestado en el que consten los avances en la investigación y la necesidad de acudir a una nueva prórroga, en su caso, para poder seguir avanzando por esta vía al no contar con otra menos gravosa para el investigado. Esta información se presentará también sujeta a determinados presupuestos, que posteriormente serán claves para el desarrollo del proceso abierto y el correcto ejercicio del derecho de defensa. Por tanto, deberá presentarse el atestado, al que se acompañarán, para el caso de tratarse de intervenciones telefónicas, que es lo habitual, los originales de los cd/dvd que contengan las conversaciones intervenidas así como la transcripción de aquellos pasajes que se consideren relevantes a los efectos de la investigación. No es necesario que el juez proceda a la audición directa de todas las conversaciones, bastando con que conste que ha obtenido con la información presentada el necesario convencimiento de la necesidad de la concesión de la prórroga. Este material se constituirá como la prueba preconstituida -de carácter especial, al obtenerse sin conocimiento de la persona a la que incrimina directamente- por lo que su aportación debe rodearse de todas las garantías que excluyan cualquier atisbo de manipulación u obtención de manera ilícita.

IX. Los descubrimientos casuales.

Desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones, podemos considerar descubrimientos casuales aquéllos acaecidos en el transcurso de una intervención de comunicaciones, en los que se ponen de manifiesto determinados hechos o pruebas que no estuvieren amparados por la resolución judicial autorizante y que pudieran surtir efecto, bien en la propia investigación en curso, o en otra diferente. Estos hallazgos se pueden referir, tanto a hechos integrados en un tipo delictivo distinto al que originó la investigación, o a la intervención en los mismos de terceras personas que hasta ese momento no estaban siendo investigadas. Por tanto, podrán alcanzar la consideración de descubrimiento casual los hechos descubiertos que no guardan relación suficiente (grado de conexión), con los investigados,

o que atañe a personas distintas. Parte de la doctrina entiende de la necesidad de cierta conexión razonable entre los hechos investigados y los hallados casualmente para poder alcanzar eficacia probatoria posterior. Por el contrario, si falta esta conexión, nos encontraríamos con una mera información susceptible de ser investigada. En estos casos nos encontraremos con una mera *notitia criminis*, y lo que procederá será deducir el correspondiente testimonio al juzgado instructor competente territorialmente para iniciar un nuevo proceso. Otros autores sostienen que estos hallazgos casuales, que no están amparados por la resolución judicial habilitante de la intervención, son pruebas ilícitas en sí mismas y no pueden servir siquiera para el inicio de una investigación independiente. En mi opinión, si el hecho descubierto casualmente reviste la gravedad suficiente como para justificar una intervención de comunicaciones, debe ampararse el descubrimiento, siempre que se haya obtenido mediando la buena fe de los agentes actuantes para evitar investigaciones prospectivas. Por tanto, entiendo que adquiere la condición de *notitia criminis* de la que se debería dar cuenta inmediata a la autoridad judicial, sirviendo el material probatorio obtenido, tanto para el cumplimiento de su función inmediata de investigación policial, como la mediata, en cuanto a la constitución de medio de prueba válido y valorable en el momento del juicio oral. Es necesario buscar un equilibrio entre la defensa de los derechos fundamentales y el derecho de la sociedad a protegerse de la comisión de delitos de los considerados graves. No se puede pedir a la policía ni al Estado que “mire” a otro lado ante la comisión de determinados delitos, aunque su hallazgo haya sido casual. Eso sí, una vez tenida la primera noticia, hay que salvaguardar el derecho de los ciudadanos, cuestión que se cumple de forma inmediata desde el momento en que se pone en conocimiento de la autoridad judicial y valora y pondera en una resolución judicial los derechos fundamentales en juego, adoptando la que considere adecuada.

X. El Sistema de interceptación de comunicaciones SITEL

La intervención de comunicaciones telefónicas se ha convertido a día de hoy en el medio más rápido y eficaz en la lucha contra determinadas formas de delincuencia, particularmente aquella que más alarma social genera por la gravedad de los delitos investigados -delitos de terrorismo, crimen organizado y de especial gravedad penológica, es por ello que se antojaba de absoluta necesidad dotar a las fuerzas policiales de una herramienta que pudiera

situarles en igualdad de condiciones tecnológicas para avanzar en sus investigaciones.

Así nació SITEL (año 2001), en el seno del Ministerio del Interior, como un sistema avanzado de intervención de comunicaciones que ha proporcionado a los investigadores policiales la herramienta necesaria para avanzar decididamente en la lucha contra la delincuencia de mayor relieve.

El sistema SITEL se organiza en dos niveles, los llamados centro de monitorización y salas de monitorización. En el centro de monitorización existe un ordenador de gran potencia y capacidad, con un *software* que le permite conectar directamente a través de lo que denominan «pasarela», con los ordenadores de los operadores de servicios de telecomunicaciones, de tal manera que, presentada la resolución judicial autorizante a la operadora, esta viene obligada a facilitar el acceso directo a las comunicaciones del abonado objeto de intervención, volcándose al ordenador central el contenido de todas sus comunicaciones. El *software* utilizado por el sistema SITEL permite este volcado de información a un archivo en un formato inteligible para cualquier ordenador y asegura que su contenido no puede ser alterado ni manipulado. Obtenida la información, que queda archivada hasta el momento de la finalización de la intervención en el ordenador central, desde las salas de monitorización se puede acceder en cualquier momento a este contenido descargándolo en soportes aptos para la reproducción en formato audio procediendo al análisis y transcripción de los pasajes que se consideren relevantes. El acceso a esta información viene determinada por la resolución judicial autorizante y es que solo los funcionarios designados en el auto de intervención podrán descargar estos datos del ordenador central y proceder seguidamente a su transcripción, en la medida que consideren relevante el material obtenido. Solo podrán acceder los funcionarios habilitados por la resolución y a través de un sistema de firma electrónica, que verifica que el autorizado y no otro, accede a la información, asegurando que cualquier manipulación o utilización indebida quede reflejado en el sistema, constituyéndose esta garantía en una salvaguarda de la autenticidad y veracidad del material obtenido.

El sistema SITEL está plenamente aceptado por la totalidad de los operadores jurídicos en cuanto a su fiabilidad técnica, planteándose las discrepancias al momento de su impugnación por alguna de las partes que se

sienta perjudicada. La doctrina mayoritaria entiende que la parte que impugna el contenido de las grabaciones es la que tiene la obligación de aportar la prueba razonable en que basa su impugnación; en tanto que, otro sector doctrinal, entiende que es la parte acusadora la que debe probar la veracidad del material probatorio que sirva para formular acusación contra el investigado y no éste el que debe defenderse de una prueba, sobre la que se ha planteado duda respecto a su autenticidad o manipulación. En mi opinión, la prueba de cargo que se pueda extraer de una conversación intervenida a través de este sistema, en ningún caso constituye una prueba plena e irrefutable y hay que ponerla en valor junto con el resto de las pruebas presentadas en el proceso, por lo que, tanto la parte a quien beneficio hará valer la conexión con el resto de las pruebas presentadas que puedan avalarla y por su parte, aquél a quien perjudique, pondrá de relieve las posibles deficiencias que puedan restarle valor probatorio. No obstante, esta equidistancia tampoco es absoluta y el principio acusatorio que rige nuestro sistema penal, exige una mayor exigencia a la parte acusadora a la hora de acreditar la certeza de las pruebas inculcatorias presentadas.

Más recientemente, al sistema SITEL se ha sumado el llamado Evident X-Stream que permite la vigilancia orientada a determinados individuos a los que se esté investigando con autorización judicial. La principal novedad que presenta este sistema es el acceso a la información del usuario en tiempo real y no solo las comunicaciones telefónicas, sino que también se posibilita el acceso a lo que escucha o visiona el usuario intervenido como puede ser un video de internet o una videollamada. Al igual que el sistema SITEL necesita de la colaboración de los proveedores de servicios de telecomunicaciones para poder tener este acceso, que por supuesto debe ser autorizado judicialmente mediante la oportuna resolución.

XI. Las intervenciones de comunicaciones en el proceso judicial.

Judicialmente, las intervenciones de comunicaciones deben vertebrarse sujetas a unos requisitos de tipo procesal de obligado cumplimiento. Así, la autorización y desarrollo de la investigación judicial se debe dar en el seno de unas Diligencias Previas o Sumario, negándose la adopción de esta medida restrictiva en unas diligencias indeterminadas. Además, debe autorizarse por

el juez predeterminado por la Ley, en este caso el juez instructor y sujeta al principio de legalidad, mediante el dictado del oportuno auto de intervención. Deberá instruirse en pieza separada secreta, con la única intervención del Ministerio Fiscal como garante de la legalidad; estos últimos requisitos han sido introducidos por la LO 13/2015, a pesar de ser un requisito que hasta ese momento había sido adoptado por los operadores jurídicos siguiendo la doctrina al respecto del Tribunal Supremo.

En la pieza separada, que por lógica debería encabezarse con el atestado policial y con testimonio de la resolución dictada en los autos principales teniendo por presentada la solicitud y acordando la apertura de la correspondiente pieza separada, declarada secreta desde el inicio, se completará con todo el material que tenga relación con la intervención de comunicaciones, es decir, solicitudes, resoluciones judiciales dictadas y resultados obtenidos como consecuencia de la investigación policial avalada por la autorización.

XII. Las intervenciones de comunicaciones como material probatorio.

Del resultado de la intervención de las comunicaciones se obtiene material probatorio que puede servir a distintas finalidades; por un lado, se constituye en una fuente de información policial, que puede utilizarse para la investigación, por otro lado, en material probatorio incriminatorio para la persona investigada. Este último es el que aquí nos interesa, porque de su contenido se extraerá el material deductivo necesario para probar unos hechos que han de servir, primero para formular una acusación contra el investigado y posteriormente para una sentencia condenatoria. Por tanto, el tratamiento de este material alcanza a los dos aspectos que integran cualquier prueba, el objetivo, en cuanto a la forma de su obtención y el subjetivo, en cuanto al contenido del material probatorio, que pone de manifiesto unos hechos que pueden ser objeto de reproche penal. Lo relevante en lo atinente al secreto de las comunicaciones, es si el material ha sido obtenido cumpliendo con los requisitos legales que no invaliden su valoración posterior. En segundo lugar, si el material ha sido puesto de manifiesto a las partes para que puedan articular los mecanismos de acusación y defensa de los hechos investigados y por último, la forma en que ese material se va a poner de manifiesto al tribunal

para su conocimiento y valoración.

Concluida la investigación judicial, el juez instructor efectúa una primera valoración de este material probatorio y si lo considera suficiente, dictará el auto de incoación de procedimiento abreviado que inicia la fase intermedia de la causa, en la que se cumplimentarán los escritos de acusación, en los que las partes acusadoras harán su particular valoración del material acusatorio y dictado el auto de apertura de juicio oral, si existen indicios suficientes a tenor de los escritos acusadores, la defensa efectuará su propia valoración, lógicamente en términos exculpativos, proponiendo asimismo las pruebas que pretenda articular posteriormente en el juicio oral.

Terminada esta fase intermedia del procedimiento se remitirán los autos al tribunal sentenciador, para que en el momento culminante de la celebración del juicio, en el que se ventilarán las pruebas que acrediten o desvirtúen los hechos, se concluya con la sentencia condenatoria o absolutoria.

En este momento estelar del acto del juicio es donde debe analizarse las intervenciones de comunicaciones, para someterlas al principio de contradicción de las partes y donde se resolverán cualquier causa de nulidad procesal, en cuanto a su tratamiento, o formal, en cuanto a su obtención.

Respecto a las formas de examen de esta prueba, las dos más utilizadas son la audición directa, o la lectura de los pasajes más relevantes que se encuentran transcritos en el atestado policial, que han sido debidamente averados por el Letrado de la Administración de Justicia o como prueba documental, que se da por reproducida en el acto del juicio, aunque también se ha admitido por la declaración testifical de los policías intervinientes en la interceptación de las comunicaciones ratificando su contenido.

XIII. La intervención del Ministerio Fiscal en las intervenciones de comunicaciones.

En el anteproyecto de Ley del que se denominó como «Código Procesal Penal», se atribuía la instrucción de las causas criminales al Ministerio Fiscal para adecuar nuestra legislación al principio acusatorio que lo rige y homogeneizarse de alguna manera a países de nuestro entorno cultural

europeo, con la introducción del llamado «juez de garantías». Pero este intento fracasó una vez más, avocando seguramente a una futura reforma de la LECrim. Este sistema, como todos, tiene sus ventajas e inconvenientes y en este caso, lo que parece darse, es una inversión de los papeles que ambas figuras desempeñan en la actualidad, pero lo cierto es que, siendo la represión de los delitos una de las obligaciones del Estado, me inclino ligeramente por la entrega de la instrucción al Ministerio Fiscal, como brazo articulado de esa potestad, pasando la figura del juez de garantías, como integrante del poder judicial, a un papel de vigilante de la actividad del Estado en su faceta de ejercicio del *ius puniendi*.

XIV. Respecto de comunicaciones de internos penitenciarios con abogados

En resumen, en lo que se refiere al nuevo artículo 118 LECrim, en cuanto al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, podemos decir que se introduce un cambio significativo, ya que hasta este momento, las comunicaciones entre Abogado e interno penitenciario no podían ser intervenidas más que en el transcurso de la investigación de un delito de terrorismo y con la pertinente resolución judicial autorizante. A partir de ahora se amplía el abanico de casos en que pueden ser intervenidas estas comunicaciones, a todos aquellos casos en los que se constate «la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal». Sin duda, esta ampliación de supuestos de intervención, se corresponde con el aumento de los últimos años de casos en los que se ha constatado, o al menos así se ha dejado entrever en casos significativos de personas vinculadas a la vida pública, de abogados directamente relacionados e incluso investigados, por asuntos de entramados financieros contruidos para la evasión de capitales o impago de impuestos a la Hacienda Pública, que han creado una alarma social que ha empujado al legislador a la reforma del Código Penal con el endurecimiento de penas para este tipo de delitos y la consiguiente modificación del art. 118 L.E.Crim para facilitar su investigación.

XV. Nulidad de las intervenciones telefónicas.

Respecto de la nulidad de las intervenciones de comunicaciones por vulneración de un derecho fundamental, debemos distinguir entre la nulidad material que afecta directamente a la validez del material probatorio obtenido y la nulidad procesal, que se refiere a la nulidad de aquellos actos adoptados prescindiendo de la reglas establecidas legalmente para su adopción y cuyos efectos, si bien generan ambos la ineficacia de la prueba, tienen distinta sustantividad al afectar la prueba obtenida ilícitamente al ordenamiento constitucional impidiendo su subsanación por cualquier otro medio, al contrario de la nulidad procesal que puede ser subsanada.

Esta nulidad de la intervención telefónica ilícita acarrea, con carácter general, la nulidad de las pruebas derivadas de la misma y más concretamente su prohibición de valoración.

No obstante, la intervención telefónica obtenida ilícitamente mantenida en un proceso acarrea una serie de consecuencias de diversa índole, por un lado, la estrategia a seguir por la defensa puede verse afectada ante un elemento de indudable trascendencia, como es la existencia de cierta información incriminatoria que puede afectar al resto de las pruebas indirectas o derivadas.

También puede afectar a la contaminación del convencimiento del juzgador, al que por mucho que se prohíba su valoración, debe tenerla en cuenta al momento del juicio de conexión de antijuridicidad con el resto de pruebas derivadas, por lo que se antoja difícil o incluso imposible, que el juez se pueda abstraer del contenido que inevitablemente debe valorar para adoptar una decisión. De ahí que lo aconsejable, en mi opinión, sería no solo la expulsión material y física de la prueba ilícita, sino además cabría hacer una revisión en el propio enjuiciamiento que tiene lugar en el acto del juicio oral, presentándose al juzgador solo aquellos elementos probatorios en que la acusación pretenda apoyarse de tal manera que la decisión final absolutoria o condenatoria, se adoptaría únicamente con estos elementos, acercando el proceso a lo que utópicamente podríamos considerar una justicia ciega y sin prejuicios, que decide solo con aquellos elementos válidos que se le presentan en el acto. Debería introducirse en la fase intermedia del procedimiento penal, una vez dictado el auto de apertura de juicio oral, algún mecanismo en el que

se discutieran las que ahora son cuestiones previas que se articulan al inicio del juicio oral, de tal manera, que el procedimiento que finalmente llegara al plenario no conocería de estos pormenores que pueden afectar a su convencimiento, procediendo a enjuiciar la pruebas que se le presentan para decidir con plena libertad.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFIA

ÁGUILA SÁNCHEZ, C.: «La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el proceso penal (1)», Diario La Ley, n.º 9303, Sección Tribuna,

Editorial Wolters Kluwer, 21 de Noviembre de 2018, pág. 3.

ALONSO PÉREZ, F.: «Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-115, tomo 4, Editorial La Ley, 2001.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro domiciliario)», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 2, 2011.

APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2000.

ASENCIO MELLADO, J.M.: *Derecho Procesal penal*, Tirant lo Blanch, 2º Ed. Valencia, 2003.

ASENCIO MELLADO, J. M.: *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*.

ASENCIO MELLADO, J.M.: «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales». *Diario La Ley*, n.º 8009, 2013.

ASENCIO MELLADO, J.M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium. Madrid.1989.

ASENCIO MELLADO, J.M.: «La STS 79/2012, de 9 de febrero. Garzón y una prevaricación inexistente». *La Ley*, 4473/2012.

ASENCIO MELLADO, J.M.: «El nuevo motivo de revisión de las sentencias penales firmes establecido en el art. 954,1,e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», dentro de *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Director

José M.^a Asencio Mellado, Coordinadora Mercedes Fernández López. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

ASENCIO MELLADO, J.M.: «La teoría de la conexión de antijuridicidad, como instrumento de limitación de los derechos fundamentales» *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*. Noviembre 2009, núm. 66.

ASENCIO MELLADO, J.M.: «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita». *Diario La Ley*, n.º 9499, Sección Tribuna, 16 de Octubre de 2019

ASENCIO MELLADO, J.M. y FUENTES SORIANO, O.: (Coords.), *Nuevos retos de la justicia penal*, Ed. La ley, Madrid. 2006.

ASENCIO MELLADO, J.M. y FUENTES SORIANO, O.: (Coords.), *La instrucción por el fiscal en un nuevo proceso penal. Nuevos retos de la justicia penal*, La ley, Madrid. 2008.

ASENCIO GALLEGO, J.M.: «Los delitos informáticos y medidas de investigación y obtención de pruebas en el Convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia», dentro de *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Director José M.^a Asencio Mellado, Coordinadora Mercedes Fernández López. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

BUENO DE MATA, F.: «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», *Diario La Ley*, 2015.

CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.M.: «Supuestos particulares que pueden comprometer el derecho al secreto de las comunicaciones». *Diario La ley*, núm. 7573, Sección Tribuna, 2011.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: «Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia «Las reformas del proceso penal»*, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2186, 2016.

CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, trad. Alcalá-Zamara y Castillo, Edición Depalma, Buenos Aires, 1982.

CASANOVA MARTÍ, R.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Bosch, 2014.

CAVERO FORRADELLAS, G.: «La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *dentro de Curso La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*. Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio Justicia. Madrid 2016.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos», *dentro de Curso La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio Justicia. Madrid 2016.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «La reforma procesal. Registro de sistemas informáticos, ampliación del registro a otros sistemas. El registro remoto de dispositivos informáticos (art. 588 sexies y 588 septies Lecrim)», *Jornadas de especialistas en criminalidad informática*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 2016.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.: «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal». *Revista Poder Judicial*, nº 3, Madrid 1986.

DÍAZ CAPPA, J.: «Confidencialidad, secreto de las comunicaciones e intimidad en el ámbito de los delitos informáticos», *Diario La Ley*, n.º 7666, 2011.

DÍAZ REVORIO, F.J.: «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 59, 2006.

DÍAZ RODRÍGUEZ, A.: «Administración electrónica y gestión de archivos, en Documentos electrónicos en la Administración. Regulación jurídica y gestión archivística» *Cuadernos de Estudios Técnicos*, Murcia, 2002.

DOLZ LAGO, M.: «¿Hacia una jurisprudencia electrónica? (breves reflexiones sobre SITEL)». *La Ley Penal*, n.º 74, Sección Informe de Jurisprudencia,

Editorial La Ley. Madrid 2010.

DOMÍNGUEZ RUÍZ, L.: «Diligencias de investigación del ciberacoso a menores o “Child Grooming”», dentro de *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Director José M.^a Asencio Mellado, Coordinadora Mercedes Fernández López. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

DUART ALBIOL, J.J.: *Inspecciones corporales e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*. Tesis doctoral no publicada, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013.

FERNÁNDEZ ESPINAR, G.: «El levantamiento del secreto de las comunicaciones en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal». *Revista Poder Judicial*, n.º 32, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F.: «El sistema policial de interceptación de las comunicaciones: SITEL», dentro de *Curso La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*. Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito» dentro de *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Director José M.^a Asencio Mellado, Coordinadora Mercedes Fernández López. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*. Thomson/Civitas, Madrid, 2004.

FIGUEROA NAVARRO, C.: «El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia», *La Ley*, n.º 84, 2011.

FUENTES SORIANO, O.: *La investigación por el Fiscal en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*. Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

FUENTES SORIANO, O.: «Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes

en el proceso». Doctrina que forma parte del libro *La reforma del proceso penal*, edición n.º 1, (LA LEY 15980/2011). Ed. La Ley, Madrid, 2011.

FUENTES SORIANO, O.: «El valor probatorio de los correos electrónicos», dentro de *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Director José M.ª Asencio Mellado, Coordinadora Mercedes Fernández López. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: y DE LA QUADRA SALCEDO, T.: (coordinadores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA RUÍZ, J.M.: «Correo electrónico y proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 5805. 2003.

GARCÍA SAN MARTÍN, J.; «El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal», *La Ley Penal*, n.º 109, Madrid 2014.

GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución Española*, Editorial Civitas, 3ª edición, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J.: «Utilización en el proceso penal de datos vinculados a las comunicaciones electrónicas recopilados sin indicios de comisión delictiva», doctrina que forma parte del libro *Protección de datos y proceso penal*”, La Ley, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: *La interpretación de la Constitución Española por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*. Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Secreto de las comunicaciones y protección de la intimidad», dentro de *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009.

GIMENO BREVIÁ, J.: «Principales novedades de la reforma de la LECrim 2015», *Dossier reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

GIMENO SENDRA, V.: *El nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

GIMENO SENDRA, V.: «La intervención de las comunicaciones», *Diario La Ley*,

núm 7192, de 9 de junio de 2009.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal penal*. Aranzadi 2015.

GIMENO SENDRA, V : «La prueba preconstituida de la policía judicial»; *Revista catalana de Seguretat pública*, núm. 22, 2010.

GIMENO SENDRA, V.: «Las Intervenciones electrónicas y la policía judicial», *Diario La Ley*, num. 7298, Sección Tribuna, Madrid 2009.

GIMENO SENDRA, V.: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo». *Revista La ley*, año XVII, nº 4024, Madrid 1996.

GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2010.

GIMENO SENDRA, V., con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1996.

GIRBAU COLL, A.: «La diligencia de investigación criminal consistente en la observación de comunicaciones telefónicas: una necesaria sistematización de las orientaciones jurisprudenciales», *Diario La Ley*, n.º 8116, 2013.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales», *Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia*, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: «Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital, *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI*, Cóllex, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ GARCÍA, S.; «El agente encubierto informático a examen: un

análisis de su regulación y de la validez de su actividad investigadora y probatoria en el proceso penal», *La Ley Penal*, nº 139, Wolters Kluwer, Julio-Agosto 2019.

GÓMEZ COLOMER, J.L.: La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. En «Prueba y proceso penal», Valencia, 2008.

GÓMEZ DE LIAÑO, M.: «Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos». *Diario La Ley*, n.º 6142, 2004.

GUZMÁN FLUJA, V.C.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

HERNÁNDEZ GUERRERO, F.J.: «La intervención de las comunicaciones electrónicas», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal III*, 2001.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 20, Madrid 1987.

JIMÉNEZ MADRID, C.: «La interceptación de las comunicaciones (III). Metodología de trabajo en la causa con escuchas telefónicas. Aspectos prácticos», *dentro de Curso La investigación en los delitos de tráfico de drogas y su incidencia en el juicio oral*. Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio Justicia, Madrid, 2016.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: *Organos especializados en relación con el crimen organizado. Audiencia Nacional. Fiscalía especial. Policía Judicial*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: «La intervención telefónica como medio de investigación y de prueba en el proceso penal tras la reforma de la ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre», *dentro de Curso La prueba en el proceso penal. Especial referencia a la segunda instancia y al recurso de casación*. Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio Justicia. Madrid 2016.

LÓPEZ-BARAJA PEREA, I.: «El procedimiento de intervención: el sistema integrado de interceptación de las comunicaciones (SITEL) y sus garantías». *La Ley*. (La Ley 14869/2011). Madrid 2011.

LÓPEZ-BARAJA PEREA, I.: *Elementos objetivos y temporales*, doctrina que forma parte del libro *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal/lure, Madrid, 1989.

LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Colex, Madrid 1991.

LÓPEZ ORTEGA, J.J.: «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez». *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXII: Perfiles de derecho constitucional a la vida privada y familiar, CGPJ, Madrid, 1996.

LÓPEZ YAGÜES, V.: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho de defensa*. Tesis doctoral Universidad Alicante. 2001.

LÓPEZ YAGÜES, V.: *La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y status jurídico que conlleva. Ideas para su reforma*. La Ley, Madrid, 2011.

LÓPEZ YAGÜES, V.: «Investigación de delitos sobre tráfico de sustancias y bienes ilícitos: circulación y entrega vigilada y dispositivos de seguimiento y localización». *Diario La Ley*, n.º 9095, Sección doctrina, 7 de diciembre de 2017.

MAGRO SERVET, V.: «Momento procesal para la alegación y resolución de la prueba ilícita. La conexión de la antijuridicidad». *Revista La Ley* (La Ley 5874/2007). Doctrina que forma parte del libro *Guía de problemas y soluciones en el juicio oral*, edición 1. Madrid 2006.

MAGRO SERVET, V.: «Guía práctica profesional de la investigación policial y medios de prueba en el proceso penal: manual práctico con preguntas y respuestas sobre el desarrollo de la actuación policial: doctrina y jurisprudencia actualizada», *La Ley*, Madrid, 2011.

MARCHENA GÓMEZ, M.: «Algunos aspectos procesales de Internet», *Problemática jurídica en torno al fenómeno de internet, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2000, pág. 74-77.

MARCHENA GÓMEZ, M.: «Dimensión jurídico-penal del correo electrónico», *Diario La Ley*, n.º 6475, 2006.

MARCHENA GÓMEZ, M.: «La vulneración de derechos fundamentales por ministerio de la Ley (a propósito del art. 33 de la Ley General de Telecomunicaciones)», *Diario La ley*, n.º 7572, Sección Doctrina, Madrid 2011.

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid 2015.

MARROIG POL, L.: «La seguridad nacional y el acceso a los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas». *La Ley*, n.º 5799, 2003.

MARTÍN GARCÍA, P.: «Jurisprudencia Crítica I», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales n.º 20/2000*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2000.

MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

MARTÍN MORALES, R.: «El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta», *Diario La Ley*, núm. 6079, 2004.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Consideraciones comunes a los arts. 49,50 y 51 de la Ley General de Telecomunicaciones», dentro de *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas S.A., Madrid, 1999.

MARTÍNEZ FÉRRIZ, J.L.J.: «La operatividad de SITEL: su discutida legalidad dentro de un Estado de derecho que actúa bajo el imperio de la ley (A intención de la polémica suscitada sobre la licitud constitucional de las escuchas del caso Gürtel)». *Diario La Ley*, n.º 7434, Sección Doctrina, Madrid 2010.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTÍNEZ RUÍZ, J.: *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*. Bosch, Barcelona, 2004.

MAZA MARTÍN, J.M.: «La intervención judicial de las comunicaciones a través de internet», en *Internet y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2001.

MIRANDA ESTRAMPES, M.: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

MONTAÑÉS PARDO, M.A.: *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Aranzadi, 1999.

MORENO CATENA, V. *El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito*, Manuales de formación continuada. CGPJ, Madrid, 2005.

MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: «Alcance constitucional de las nuevas medidas de investigación», dentro de curso *La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*. Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 2016.

NIEVA FENOLL, J.: *Jurisdicción y proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*,

Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009.

NIEVA FENOLL, J.: *Fundamentos de derecho procesal Penal*, Edisofer, Madrid 2012.

NOYA FERREIRO, M.L.: *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ORTELLS RAMOS, M.: *La prueba en el juicio ante el Tribunal del Jurado. Ley, práctica judicial y consideraciones lege ferenda*. Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2003.

OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, Dykinson, Madrid, 2017.

PAZ RUBIO, J.M^a. Y OTROS.: *La prueba en el proceso penal: su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999.

PEDRAZ PENALVA, E.: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», como parte de la obra *Constitución, jurisdicción y proceso*. Akal, Madrid, 1990.

PLANCHAT TERUEL, J.M.: Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento. En «Estudios sobre la prueba penal». *La Ley*, Madrid, 2010.

RAFOLS LLACH, J.: «Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm 1. 1992.

REBOLLO DELGADO, L.: «El secreto de las comunicaciones: problemas actuales», *Revista de Derecho Político*, 2000.

REBOLLO VARGAS, R.: «Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen u la inviolabilidad de domicilio», en *Comentarios al Código Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

REDONDO LÓPEZ, F.J.: «La intervención de las comunicaciones (II).

Requisitos de legalidad constitucional. Requisitos de legalidad ordinaria: su introducción como prueba en el Juicio oral», *dentro de curso Trafico de drogas: aspectos sustantivos y procesales*. Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid 2014.

REVENGA SÁNCHEZ, M.: Seguridad nacional y Derechos humanos. Estudio sobre la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, Aranzadi S.A., Pamplona, 2002.

REYES LÓPEZ, J.I.: «Las intervenciones de las comunicaciones en el derecho español. Alcance y valoración de la noticia anónima. Cooperación judicial internacional. Información de inteligencia», *Boletín Científico ESMPU*, Brasilia, 2013.

RIFÁ SOLER, J.M.: *Estudios sobre prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, La Ley, Wolter Kluwer España, S.A., Las Rozas, 2010.

RIOS PINTADO, J.F.: «La reforma procesal. Incorporación al proceso de datos de tráfico; preservación específica de datos informáticos (arts. 588 ter j y 588 octies de la ley de enjuiciamiento criminal)», *Jornadas de especialistas en criminalidad informática*. Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia. 2016

RIVES SEVA, A.P.: *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*. Bosch, Barcelona 2010.

RIZO GÓMEZ, B.: «La infiltración policial en internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», dentro de *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Director José M.^a Asencio Mellado, Coordinadora Mercedes Fernández López. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*. Ed. Bosch, Barcelona 2002.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., Magistrado del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Córdoba.: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal. Adaptado a la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial Jurídica Sepin S.L. Madrid 2016.

RODRÍGUEZ LAINZ. J.L.: «SITEL y principio de proporcionalidad en la intervención de comunicaciones electrónicas» *Diario La Ley*, n.º 7689, Sección Doctrina, (La Ley 13494/2011). Madrid 2011.

RODRÍGUEZ LAINZ. J.L.: «Sobre el destino de las grabaciones de conversaciones objeto de una intervención legal de comunicaciones, una vez finalizado el proceso en que se acordaron». *Diario La ley* n.º 7982, Sección Doctrina, Diciembre, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Intervenciones telefónicas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «El secreto de las comunicaciones del preso con el abogado», *Revista Otrosí*, Colegio Abogados de Madrid, febrero, 1993.

RODRÍGUEZ RAMOS, L y GIL DE LA FUENTE, J.: «Límites de la jurisdicción penal universal española (A propósito de los casos Pinochet y Guatemala)», *Diario La Ley*, n.º 5788, 2003.

RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw Hill, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I, y GIL DE LA FUENTE, J.: «Problemas de derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet», *Actualidad Penal*, n.º 7, 2002, pág. 70.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: «Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65, Madrid, 2002.

TORRES MORATO, M.A.: *La Prueba Ilícita Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

URBANO CASTRILLO, E.: «El documento electrónico: Aspectos procesales», en *Internet y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 10, 2001.

VALVERDE MEGÍAS, R.: «Cuestiones procesales relativas a la investigación de los delitos en red», incluida en curso *Redes sociales y delincuencia*. Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid 2015.

VALVERDE MEGÍAS, R.: «Intervención de comunicaciones telemáticas y registro remoto», Incluida en el curso *La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*. Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia Madrid 2016.

VALVERDE MEGÍAS, R.: «Cuestiones relativas a la investigación de los delitos en red». *Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2016.

ZOCO ZABALA, C.: *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones LO 13/2015, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, Navarra, Civitas, 2015

Universidad de Alicante

SENTENCIAS CONSULTADAS

- STC 73/1983, de 30 de julio. BOE 197 de 18/agosto/1983.
- STC 114/1984, de 29 de abril. BOE 305, de 21/diciembre/1984.
- STC 64/1988, de 12 de abril. BOE 107, de 4/mayo/1988.
- STC 114/1988, de 29 de noviembre. BOE 305 de 21/diciembre/1984.
- STC 214/1991, de 11 de noviembre. BOE 17/diciembre/1991.

- STC 85/1994, de 14 de marzo. BOE 89 de 14/abril/1994.
- STC 183/1994, de 20 de junio. BOE 177 de 20/julio/1994.
- STC 123/1997, de 1 de junio. BOE 272 de 18/agosto/1997.
- STC 49/1999, de 5 de abril. BOE 100 de 27/abril/1999.
- STC 166/1999, de 27 de septiembre. BOE 263 de 3/noviembre/1999.
- STC 47/2000, de 17 de febrero. BOE 66 de 17/marzo/2000.
- STC 126/2000, de 16 de mayo. BOE 147 de 20/junio/2000.
- STC 292/2000, de 30 de noviembre. BOE 4 de 4/enero/2001.
- STC 299/2000, de 11 de diciembre. BOE 14 de 16/enero/2001.
- STC 106/2001, de 23 de abril. BOE 128 de 29/mayo/2001.
- STC 202/2001, de 15 de octubre. BOE 279 de 21/noviembre/2001.
- STC 70/2002, de 3 de abril. BOE 99 de 25/abril/2002.
- STC 82/2002, de 22 de abril. BOE 122 de 22/mayo/2002.
- STC 167/2002, de 18 de septiembre. BOE242 de 9/octubre/2002.
- STC 184/2003, de 23 de octubre. BOE 272 de 13/noviembre/2003.
- STC 261/2005, de 24 de octubre. BOE 285 de 29/noviembre/2005.
- STC 26/2006, de 30 de enero. BOE 51 de 1/marzo/2006.
- STC 136/2006, de 8 de mayo. BOE 136 de 8/junio/2006.
- STC 146/2006, de 8 de mayo. BOE 136 de 8/junio/2006.
- STC 281/2006, de 9 de octubre. BOE 274 de 16/noviembre/2006.
- STC 66/2009, de 9 de marzo. BOE 91 de 14/abril/2009.
- STC 26/2010, de 27 de abril. BOE 129 de 27/mayo/2010.
- STC 9/2011, de 28 de febrero. BOE 75 de 29/marzo/2011.
- STC 142/2012, de 2 de julio. BOE 181 de 30/julio/2012.
- STC 115/2013, de 9 de mayo. BOE 133 de 4/junio/2013.
- STC 170/2013, de 7 de octubre. BOE 267 de 7/noviembre/2013.
- STC 145/2014, de 22 de septiembre. BOE 261 de 28/octubre/2014.
- STS 538/1997, de 23 de abril. ROJ: STS 2834/1997. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
- STS 652/2001, de 16 de abril. ROJ: STS 3116/2001. Ponente: D. Carlos Granados Pérez.
- STS 18/2003, de 18 de enero. ROJ: STS 149/2003. Ponente: D. Eduardo Moner Muñoz.
- STS 905/2003, de 18 de junio. ROJ: STS 4250/2003. Ponente: D. Joaquín Giménez García.

- STS 1520/2003, de 17 de noviembre. ROJ: STS 7229/2003. Ponente: D. José Aparicio Calvo-Rubio.
- STS 1191/2004, de 21 de octubre. ROJ: STS 6698/2004. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
- STS 1040/2005, de 20 de septiembre. ROJ: STS 5385/2005. Ponente: D. Julián Artemio Sánchez Melgar.
- STS 1345/2005, de 14 de octubre. ROJ: STS 6210/2005. Ponente: D. Joaquín Giménez García.
- STS 201/2006, de 1 de marzo. ROJ: STS 929/2006. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- STS 299/2006, de 17 de marzo. ROJ: STS 1517/2006. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano.
- STS 130/2007, de 19 de febrero. ROJ: STS 1962/2007. Ponente: D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.
- STS 767/2007, de 3 de octubre. ROJ: STS 6202/2007. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano.
- STS 886/2007, de 2 de noviembre. ROJ: STS 7796/2007. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano.
- STS 25/2008, de 29 de enero de 2008. ROJ: STS 669/2008. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- STS 31/2008, de 8 de enero. ROJ: STS 239/2008. Ponente: D. Juan Saavedra Ruíz.
- STS 249/2008, de 20 de mayo. ROJ: STS 2756/2008. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 537/2008, de 12 de septiembre. ROJ: STS 4822/2008. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 40/2009, de 28 de enero. ROJ: STS 227/2009. Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer.
- STS 1215/2009, de 30 de diciembre. ROJ : STS 8417/2009. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín.
- STS 9/2010, de 22 de enero. ROJ: STS 125/2010. Ponente: D. Julián Artemio Sánchez Melgar.
- STS 90/2010, de 5 de febrero. ROJ: STS 794/2010. Ponente: D. José Manuel Maza Martín.
- STS 406/2010, de 11 de mayo. ROJ: STS 2403/2010. Ponente: D. Juan

Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

- STS 513/2010, de 2 de junio. ROJ: STS 3075/2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- STS 605/2010, de 24 de junio. ROJ: STS 3856/2010. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta.
- STS 285/2011, de 20 de abril. ROJ: STS 2432/2011. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- STS 629/2011, de 23 de junio. ROJ: STS 4323/2011. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- STS 1356/2011, de 12 de diciembre. ROJ: STS 8963/2011. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta.
- STS 1397/2011, de 22 de diciembre. ROJ: STS 9157/2011. Ponente: D. Joaquín Giménez García.
- STS 112/2012, de 23 de febrero. ROJ: STS 1393/2012. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 180/2012, de 14 de marzo. ROJ: STS 1619/2012. Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer.
- STS 207/2012, de 12 de marzo. ROJ: STS 2156/2012. Ponente: D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.
- STS 223/2012, de 20 de marzo. ROJ: STS 1960/2012. Ponente: D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.
- STS 248/2012, de 12 de abril. ROJ: STS 2513/2012. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
- STS 401/2012, de 24 de mayo. ROJ: STS 4431/2012. Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer.
- STS 474/2012, de 6 de junio. ROJ: STS 4446/2012. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 573/2012, de 28 de junio. ROJ: STS 5149/2012. Ponente: D. José Manuel Maza Martín.
- STS 635/2012, de 17 de julio. ROJ: STS 5606/2012. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
- STS 712/2012, de 26 de septiembre. ROJ: STS 6245/2012. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 722/2012, de 2 de octubre. ROJ: STS 6654/2012. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
- STS 740/2012, de 10 de octubre. ROJ: STS 6147/2012. Ponente: D.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

- STS 751/2012, de 28 de septiembre. ROJ: sts 6768/2012. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 794/2012, de 11 de octubre. ROJ: STS 6885/2012. Ponente: D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.
- STS 811/2012, de 30 de octubre. ROJ: STS 7642/2012. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
- STS 884/2012, de 8 de noviembre. ROJ: STS 8293/2012. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 44/2013, de 24 de enero. ROJ: STS 623/2013. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
- STS 291/2013, de 14 de marzo. ROJ: STS 1915/2013. Ponente: D. Joaquín Giménez García.
- STS 625/2013, de 9 de julio. ROJ: STS 4101/2013. Ponente: D. Luciano Varela Castro.
- STS 719/2013, de 9 de octubre. ROJ: STS 4971/2013. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
- STS 77/2014, de 11 de febrero. ROJ: STS 492/2014. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 100/2014, de 18 de febrero. ROJ: STS 841/2014. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
- STS 242/2014, de 27 de marzo. ROJ: STS 1344/2014. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano.
- STS 250/2014, de 14 de marzo. ROJ: STS 1287/2014. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 395/2014, de 13 de mayo. ROJ: STS 2114/2014. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta.
- STS 513/2014, de 24 de junio. ROJ: STS 2906/2014. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- STS 746/2014, de 13 de noviembre. ROJ: STS 4971/2014. Ponente: D. Joaquín Giménez García.
- STS 841/2014, de 9 de diciembre. ROJ: STS 5198/2014. Ponente: D. Julián Artemio Sánchez Melgar.
- STS 850/2014, de 26 de noviembre. ROJ: STS 5174/2014. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

- STS 867/2014, de 11 de diciembre. ROJ: STS 5448/2014. Ponente: D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.
- STS 8/2015, de 22 de enero. ROJ: STS 126/2015. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano.
- STS 153/2015, de 18 de marzo. ROJ: STS 1100/2015. Ponente: D. Joaquín Giménez García.
- STS 165/2013, de 26 de marzo. ROJ: STS 1649/2013. Ponente: D. Joaquín Giménez García.
- STS 203/2015, de 23 de marzo. ROJ: STS 1528/2015. Ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar.
- STS 393/2015, de 12 de junio, ROJ: STS 3020/2015. Ponente: D. José Manuel Maza Martín.
- STS 116/2017, de 23 de febrero. ROJ Ponente D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 146/2016, de 25 de febrero. ROJ: STS 1155/2016. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana.
- STS 991/2016, de 12 de enero. ROJ: STS 47/2017. Ponente D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.
- STS 228/2017, de 3 de abril. ROJ: STS 1991/2017. Ponente D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.
- STS 400/2017, de 1 de junio. ROJ: STS 2800/2017. Ponente D. Juan Saavedra Ruíz.
- STS 523/2017 de 7 de julio. ROJ: STS 2968/2017. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta.
- STS 533/2017, de 11 de julio. ROJ: STS 2828/2017. Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- STS 740/2017, de 16 de noviembre. ROJ: STS 4084/2017. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
- STS 747/2017, de 21 de noviembre. ROJ: STS 4210/2017. Ponente D. Antonio del Moral García.
- STS 2/2018, de 9 de enero. ROJ: STS 707/2018. Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- STS 404/2018, de 13 de septiembre. ROJ: STS 3150/2018. Ponente D. Vicente Magro Servet.
- STS 55/2020, de 18 de febrero. ROJ STS 383/2020 Ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar.

- STS 60/2020, de 20 de febrero. ROJ: STS 539/2020. Ponente D. Vicente Magro Servet.
- STS 113/2020, de 11 de marzo, ROJ; STS 889/2020, Ponente D. Pablo Llarena Conde.
- STS 121/2020, de 12 de marzo, ROJ: STS 828/2020. Ponente D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
- STS 298/2020, de 11 de junio, ROJ: STS 1678/2020. Ponente D. Antonio del Moral García.
- STS 360/2020, de 1 de julio, ROJ: 2140/2020. Ponente Dña. Susana Polo García.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante