



Universidad de Valladolid

**Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y
de la Comunicación**

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

**LA INTERCEPTACIÓN DE LAS
COMUNICACIONES EN EL PROCESO
PENAL**

Presentado por:

Marta Sacristán Peláez

Tutelado por:

M^a Luisa Escalada López

Segovia, junio 2020.

RESUMEN: En el presente trabajo abordaré la interceptación de las diversas comunicaciones en el proceso penal, así como la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015. Explicaré los procedimientos, requisitos para llevar a cabo la interceptación y los principios rectores de las diligencias investigadoras. Todo ello, con el fin de que la intromisión en las comunicaciones pueda ser utilizada en el procedimiento penal a modo de prueba sin que exista una vulneración de los derechos fundamentales.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the interception of the communications in the Criminal process, as well as the reform of the criminal procedure law operated by the Organic Law 5/2015 that amends the Criminal Procedure Act. I will explain the procedures, requirements for carrying out the interception and the principles that guide the process. All this, so that the interception of communications can be used in the criminal procedure as evidence without any violation of fundamental rights.

PALABRAS CLAVE: Ley de Enjuiciamiento Criminal, derechos fundamentales, investigación, reforma, interceptación de las comunicaciones, prueba ilícita.

KEY WORDS: Criminal Procedure Act, fundamental rights, investigation, reform, interception of the commnuations, illicit evidence.

ÍNDICE

1- INTRODUCCIÓN	5
2- NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA: LO 13/2015, DE 5 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.	7
3- PRINCIPIOS RECTORES DE LAS DILIGENCIAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y REQUISITOS DE LA MEDIDA.	8
3.1- Principios rectores de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales.	8
3.2- Requisitos de la medida.....	9
4- DETENCIÓN Y APERTURA DE LA CORRESPONDENCIA ESCRITA Y TELEGRÁFICA.	10
4.1- Concepto.....	10
4.2- Presupuestos.....	10
5- INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS.....	12
5.1- Concepto.....	12
5.2- Presupuestos de la medida.....	15
5.3- Duración de la medida.....	17
5.4- El sistema integrado de interceptación legal de las telecomunicaciones (SITEL)....	17
5.5- El problema del lenguaje encriptado.....	19
6- CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS.	19
7- REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN.....	23
7.1- Concepto.....	24
7.2- Presupuestos y práctica.....	24
8- BREVE REFERENCIA A LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO	25
9- CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. ALGUNOS EJEMPLOS ILUSTRADORES.....	28
9.1- CASO NASEIRO (ATS 3773/1992, de 18 de junio de 1992).	31
9.2- CASO “PELÁEZ, CRESPO Y CORREA vs. GARZÓN” (STS 79/2012, de 9 de febrero).....	33
9.3- CASO MARTA DOMÍNGUEZ.....	34
10- CONCLUSIONES.....	35

11- ANEXOS.....	39
11.1- Bibliografía.....	39
11.2- Legislación	41
11.3- Jurisprudencia.....	42

1- INTRODUCCIÓN

A lo largo del trabajo abordaré el tema de “La intervención de las comunicaciones en el proceso penal”. En primer lugar, he de precisar que esta intervención se realiza en la fase de instrucción del proceso penal ante la presunta comisión de un hecho delictivo considerado como grave. La intervención de las comunicaciones constituye una restricción al artículo 18.3 de la Constitución Española que recoge el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en los siguientes términos: *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”*.

La mención genérica del precepto permite entenderlo aplicable a todo tipo de comunicaciones, ya sean escritas, orales, telemáticas o en soportes de reproducción; la consagración de este derecho no tiene un carácter absoluto, sino que puede verse limitado por resolución judicial dando lugar a una intromisión legítima.

El bien jurídico protegido, en este caso, es el derecho de los titulares de las comunicaciones a poder desarrollarlas con carácter reservado, evitando, por tanto, que terceros ajenos a ellas puedan vulnerar el derecho y dar a conocer lo que por los diferentes medios de comunicación han aportado los intervinientes una manera privada e íntima.

El régimen por el que se regula la intervención de las comunicaciones se encuentra en los artículos 579 a 588 de la LECRIM, sin perjuicio de la regulación contenida en el artículo 18.3 de la Constitución Española a la que ya he hecho referencia.

La incardinación de esta diligencia en la instrucción tiene sentido por cuanto esta fase tiene como finalidad la determinación del investigado, de los hechos delictivos que éste hubiese podido cometer y la preparación del juicio oral buscando y asegurando las fuentes de prueba; otras veces, si es lo que procede, y como consecuencia de la información obtenida en la fase de instrucción; se da por finalizado dicho proceso de forma provisional o definitiva.

Se puede definir la intervención de las comunicaciones como un acto de investigación que, como ya he dicho, afecta al derecho fundamental al secreto de aquellas. Lo realiza la Policía Judicial que, previamente ha sido autorizada por el juez; la autorización (sujeta a los requisitos que prevé la ley), debe contener una motivación reforzada debiendo concretar la persona y la comunicación afectadas por la intervención. También este acto se puede realizar con el expreso consentimiento del titular de la comunicación, que se registrará junto con los datos de la comunicación.

Siguiendo al artículo 53.2 de la Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, expone que: *“Cuando fuese necesario el acceso por el personal que desarrolla la actividad de investigación al domicilio constitucionalmente protegido del inspeccionado, será preciso contar con su consentimiento o haber obtenido la correspondiente autorización judicial”*. Por lo tanto, se puede desarrollar esta investigación con el consentimiento expreso del titular o, en su defecto, con la correspondiente autorización judicial, como he explicado anteriormente. En cuanto al consentimiento, siguiendo esta misma ley, en su artículo 6.1 analiza qué es y cómo debe ser: *“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

Si no se cumplen los requisitos expuestos, a los que luego haré una alusión más profunda; la información que se obtendría vulneraría el derecho fundamental al secreto a las comunicaciones y no podría ser una prueba válida dentro del proceso penal previsto. Se consideraría una prueba ilícita y si se incorporase al proceso penal como prueba válida conllevaría una infracción de las garantías procesales y vulneraría el derecho de presunción de inocencia del investigado como autor del delito.

Haciendo referencia a la STS 342/2013, de 17 de abril, tal como menciona el autor Moreno Catena en su obra, el legislador se refiere al derecho de protección del propio entorno virtual, mencionando unitariamente a los datos contenidos en los ordenadores, teléfonos...¹ Este derecho constitucional de nueva generación lo componen los datos contenidos en la telefonía móvil o fija y en los ordenadores.

¹MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *“Derecho procesal penal”*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 277-279.

2- NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA: LO 13/2015, DE 5 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.

El desarrollo de las nuevas tecnologías cada vez avanza de forma más rápida. Existe una nueva realidad con la aparición de los dispositivos electrónicos, acompañado del surgimiento de Internet. Estas novedades del sistema son muy beneficiosas y su uso es masivo, ya sea para la investigación, avances médicos, asegurar pruebas, búsqueda de información...; pero no siempre se usan de esta manera sino que también se las da un uso malicioso por parte de ciertas personas. Estas tecnologías sirven, en muchas ocasiones, para la comisión de delitos, por lo que surge la necesidad de crear nuevos tipos normativos que los regulen.

En este contexto, la realidad es que existían diligencias de investigación que carecían de una regulación, por ejemplo, en el caso de las grabaciones orales directas; sí que se regulaba la diligencia de las comunicaciones telemáticas o telefónicas, postales... pero había carencias en su normativa. Estas lagunas había que subsanarlas urgentemente, como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia 145/2014 de 22 de septiembre.

Para suplir esta situación, se desarrolló 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, para dar respuesta a las nuevas necesidades de la sociedad. La finalidad de esta reforma era fortalecer las garantías procesales siguiendo las exigencias del Derecho de la Unión Europea y regular las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución, tal y como consta en apartado I de su Preámbulo.

3- PRINCIPIOS RECTORES DE LAS DILIGENCIAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y REQUISITOS DE LA MEDIDA.

3.1 Principios rectores de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales.

La interceptación de las comunicaciones solo procederá cuando se trate de la investigación de un delito grave y la resolución que lo acuerde respete los principios expuestos en el art. 588 bis a) de la LECRIM. Este artículo pone de manifiesto una serie principios rectores, entre los que se encuentran: el de legalidad, especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad². Todos ellos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la del Tribunal Constitucional.

En cuanto al principio de legalidad y partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para que la medida que restringe los derechos fundamentales sea legítima debe estar prevista por la ley, es decir, exige la previsión normativa correspondiente para habilitarla con una norma de rango de ley orgánica y con una regulación suficiente y adecuada al caso. Por tanto, debe contar con una base legal en derecho interno y la ley debe ser accesible y previsible.³ Se precisará de la correspondiente autorización por parte del juez competente de la instrucción del proceso.

Por su parte, el principio de especialidad exige que la medida autorizada judicialmente esté íntimamente relacionada con la investigación de un delito concreto y con los sujetos sospechosos de su comisión. No cabe, por lo tanto, que dicha autorización sirva para averiguar/investigar la comisión de otro hecho delictivo. En el caso de que existiesen por parte de la Policía Judicial sospechas fundadas sobre la presunta comisión de otro hecho delictivo se dará cuenta al Juez inmediatamente para que autorice judicialmente las escuchas en base a ese otro delito concreto, es decir, no se podrán autorizar las medidas cuyo objeto sea prevenir o descubrir delitos.

El principio de idoneidad impone que la medida ha de ser útil para el fin que se quiere llegar a conseguir con la intervención en las comunicaciones, en este caso.

² Siguiendo a VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *“Investigación Tecnológica de delitos: Disposiciones Comunes e Interceptaciones telefónicas y telemáticas”*. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid, 2016, pp. 3 a 5.

³ RUIZ MIGUEL, Carlos. *“El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del TEDH”*. Madrid: Cívitas, 1994, pp. 91 y siguientes.

Los principios de excepcionalidad y de necesidad se refieren a un conjunto de requisitos que se deben cumplir conjuntamente: que no haya otras medidas menos gravosas para el investigado que la que se está aplicando (siempre que sirvan para esclarecer los hechos que se están investigando) y que no sea posible averiguar los hechos y la identidad del autor con otra medida. De esta manera, se refiere a que la medida debe ser estrictamente imprescindible.

El principio de proporcionalidad exige que no se haga una utilización desmedida para lograr el fin buscado, es decir, que la decisión tiene que ser proporcional a la consecución del fin (averiguamiento del autor del delito, de los hechos, asegurar pruebas...).⁴ La medida adoptada se hará, por lo tanto, en beneficio del interés público. La proporcionalidad, según el STS de 18 de junio de 1992, tiene que ver con “*gravedad del delito*”, “*viabilidad de la medida*”, “*intereses afectados*” y “*transcendencia del hecho*”.

Todos estos principios se precisan y refuerzan a través de la Sentencia del Tribunal Supremo 322/2004, de 12 de marzo de 2004.

3.2- Requisitos de la medida

El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional elaboran una doctrina donde se ponen de manifiesto los principios antes citados y el control judicial una vez acordada la medida. Esta doctrina se consideró muy importante y esencial, y como consecuencia, se recogió en gran medida en la LO 13/2015, de 5 de octubre sobre “*modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*”.

En desarrollo de estas previsiones, la doctrina y jurisprudencia exigen, en grandes rasgos, la justificación de la medida (proporcionalidad, que existan indicios de comisión del hecho delictivo, resolución judicial razonada). Haciendo referencia a este último aspecto, cabe señalar que es un requisito riguroso y que como afecta a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución se exige al juez una explicación razonable y razonada de acuerdo a la ley, siguiendo a las STS de 8, 20 y 12 de septiembre o 19 de abril de 1994.⁵

En cuanto al procedimiento y en lo relativo al contenido de la autorización judicial debemos tener en cuenta el artículo 588 bis b) de la LECRIM, en el que se pone de

⁴ WOLTERS KLUWER, “*Especial reformas penales*”. Ed. La Ley. 2019 [Consulta: 13/02/2020].

⁵ WOLTERS KLUWER. “*Especial reformas penales*”. Ed. La Ley. 2019. [Consulta 14/02/2020]

manifiesto que el juez instructor podrá acordar dichas medidas investigadoras de oficio, a instancia del ministerio fiscal o a instancia de la Policía Judicial. En los últimos dos casos, será necesario una solicitud (o informe de los agentes) muy detallada, en cuanto al contenido, que será dirigida al Juez para que este valore su pertinencia.

Haciendo referencia al control por parte del Juez, la Policía Judicial remitirá todas las grabaciones al juez que instruye del caso y que acordó la medida y será éste el que seleccione de manera exhaustiva las grabaciones que necesita como diligencia relativa a la presunta comisión del delito, según el artículo 588 bis g de la LECRIM.

Por su parte, la finalidad de la intervención de las comunicaciones será solo probatoria esclareciendo el delito y los autores de este o relacionados.

4- DETENCIÓN Y APERTURA DE LA CORRESPONDENCIA ESCRITA Y TELEGRÁFICA.

4.1- Concepto

La detención y apertura de la correspondencia encuentra su regulación en el Título VIII, Capítulo III, bajo la rúbrica “*de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica*” que fue introducida a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, como reforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduciendo el artículo 579 bis (relativo a la “*utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos causales*”) y modifica el artículo 579 que ya aparecía redactado antes de la reforma en la LECRIM.

En este escenario debemos hacer referencia en primer lugar a la constitución, cuyo art. 18.3 garantiza “*el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”; de la mención se infiere que lo que protege son las comunicaciones pero no el contenido de estas; por lo que la norma no ampara la divulgación por los titulares de los datos contenidos en aquellas.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula esta diligencia en sus artículos 579 al 588 octies y en el artículo 579 bis a la Ley que hace referencia a la información hallada causalmente u obtenida en un procedimiento distinto.

4.2- Presupuestos

El artículo 579.1 de la LECRIM contempla que “*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*”. Esto se podrá llevar a cabo siempre que la investigación

tenga por objeto cualquiera de los siguientes delitos recogidos en este mismo artículo: “1º 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”.

En cualquier caso, siempre será necesaria la previa autorización judicial para que pueda adoptarse tal medida y que haya indicios de obtener por estos medios “el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa”. Según expone el artículo 579 de la LECRIM.

El artículo 579.2 de la LECRIM hace referencia a los plazos y a la duración de esta medida: “plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses”.

No obstante, el apartado 3 de dicho precepto dispone que “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”.

La LECRIM contempla en su artículo 579.4 la existencia de tres supuestos que no requieren de previa autorización judicial y son: “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; 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; 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”.

El procedimiento para llevar a cabo esta diligencia de investigación se iniciará a través de una solicitud y las actuaciones relativas a dicha medida se realizarán como una pieza separada y secreta, según el artículo 579.5 LECRIM. Este tipo de diligencias requieren que la instrucción sea declarada secreta (ya que si no de nada serviría llevarlas a cabo), por lo tanto no hace falta declarar secreta la causa, basta con que sea secreta la pieza en la que se

sustancien estas actuaciones, y la LO introduce como novedad que el declararlo secreto viene impuesto por la ley sin que sea necesario que lo declare el Juez como anteriormente⁶.

En cuanto a la apertura y registro de la correspondencia, la ley exige que se cite al interesado y también se prevé la posibilidad de que este puede nombrar a otra persona para que esté presente en el momento de la apertura. Si no se presentan, el Juez lo abrirá por sí mismo y tomará las notas oportunas para, después, llevar a cabo otras investigaciones. A continuación, se sellarán en nombre del Juzgado y se custodiarán dentro de un sobre cerrado hasta que concluya la investigación en manos del Secretario Judicial.

Haciendo referencia al artículo 579 bis de la LECRIM, el resultado de la apertura de la correspondencia puede ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso distinto del que se obtuvo. En este sentido, se requiere una autorización judicial para continuar con la investigación y valorará el marco del hallazgo causal.

5- INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS.

En los siguientes apartados abordaré de forma más detallada el tema de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, como diligencia de investigación limitativa del derecho fundamental recogido en el artículo 18 CE; uniendo a esto los nuevos avances tecnológicos que se producen en nuestro sistema y su importancia a la hora de investigar los delitos.

5.1- Concepto

La intervención de las comunicaciones telefónicas para GIMENO SENDRA es “*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 llamadas y/o a efectuar la grabación de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder pre constituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor*”⁷. Este tiempo

⁶ TOMÉ GARCÍA, José Antonio. “Curso de Derecho Procesal Penal”. Madrid: Dykinson S.L., 2019. pp. 278.

⁷ GIMENO SENDRA, José Vicente. “La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”, Tribuna de Actualidad, *Notario del siglo XXI* <www.elnotario.es> .Revista núm. 39, 4 de octubre de 2011. [Consulta: 15/02/2020].

imprescindible al que se refiere el autor en cuestión, se señala en el artículo 579.2 de la LECRIM, el cual hace referencia a que: *“el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o 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”*.

La interceptación de las comunicaciones tiene su regulación en los artículos 588 ter a) a 588 ter m) de la LECRIM, incluido en el Capítulo V del Título VIII del Libro II, aunque también tendremos en cuenta el Capítulo IV que regula las disposiciones comunes a los distintos métodos de investigación tecnológica.⁸ Esta materia carecía de regulación específica hasta la reforma de la LECRIM que tuvo lugar con la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, introduciendo ésta los diversos apartados del artículo 588 ter que hacían referencia con cierta precisión a la cuestión de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas⁹.

La autora ARMENTA DEU señala las novedades introducidas por esta ley, que en palabras textuales consisten: *“de una parte, en elaborar un cuerpo de principios rectores, con vocación de informar todas y cada una de las medidas, y de otra, en procurar acomodar las exigencias derivadas de los textos internacionales y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales y nacionales a las formas de criminalidad más actuales equilibrando su persecución más eficaz y el respeto a las garantías”*¹⁰.

Dicha diligencia de investigación, como ya he dicho en reiteradas ocasiones, afecta al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 CE, así como al de protección de datos personales del artículo 18.4 CE: *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*.

Este precepto protege el derecho a la intimidad personal, como fundamental, y este se complementa con la protección del derecho al secreto de las comunicaciones; ya sean

⁸ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre sobre *“modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”*.

⁹ BARRIENTOS, Jesús María. *“La intervención en las comunicaciones telefónicas y telemáticas”*. Información jurídica inteligente. <<https://practico-penal.es/vid/intervenciones-telefonicas-391379966>> [Consulta: 12/01/2020].

¹⁰ Cit. GÓMEZ ÁLVAREZ, Juan Jesús. Trabajo Fin de Grado, Universidad de Almería. *“Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el proceso penal”*, pp. 23.

telefónicas, telemáticas, postales...Es necesario relacionar estos apartados con el resto de derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 ya que tienen un fin común que es la protección de la vida privada.

Siguiendo lo anterior, podemos observar como existe una garantía constitucional al secreto de las comunicaciones, tal y como señala DÍAZ REVORIO, *“existe una garantía que protege las comunicaciones entre las personas, de manera que cualquier supuesto admisible de interceptación de las mismas se presenta como excepcional, y rodeado de límites, requisitos y garantías, dado que esa práctica afecta a un derecho fundamental, y solo el cumplimiento de esos requisitos y garantías permitirá que esa afectación no se convierta en vulneración”*¹¹. Tal garantía se encuentra recogida también en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 12: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

La medida en cuestión es muy frecuente y es ordenada por los Juzgados de Instrucción. La intervención, como regla general, no se llevará a cabo cuando se investiguen delitos leves aunque sean delitos cometidos a través de ordenadores y teléfonos.

La interceptación de los medios telefónicos hace referencia a la grabación de las conversaciones que por estos medios se realizan o, simplemente, a la escucha de estos. El artículo 588 ter b).2 de la LECRIM expone de una manera muy detallada el ámbito de aplicación: *“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 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”*.

La adopción de esta medida afecta frecuentemente, a terceros ajenos al proceso y, por lo tanto, a su intimidad personal, por eso debe respetar taxativamente todos los principios antes expuestos cuando se lleve a cabo la interceptación. Esto es así, porque también se pueden intervenir las comunicaciones que son ajenas al investigado mediante las cuales este también ha hecho uso para la *“presunta comisión del hecho delictivo”*.

¹¹ Cit. GÓMEZ ÁLVAREZ, Juan Jesús. Trabajo Fin de Grado, Universidad de Almería. *“Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el proceso penal”*, pp. 10.

La intervención judicial de las comunicaciones en los terminales de terceras personas podrá acordarse siempre que: *“exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad o el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular”*, según el artículo 588 ter c de la LECRIM.

5.2- Presupuestos de la medida

En este apartado abordaré los presupuestos de la medida, contemplados en el artículo 588 ter a) de la LECRIM: *“la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”*. El precepto legal antes expuesto nos remite a que la autorización judicial para la intervención de este tipo de comunicaciones solo podrá concederse cuando se investiguen: *“Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. Delitos de terrorismo”* o *“delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”*. Este último caso, es muy amplio y no está previsto en el Código Penal, por lo tanto, el juez instructor del caso puede actuar de una manera discrecional autorizando o no la medida ¹² y por esto no se respetarían taxativamente los principios antes expuestos.

Los medios de comunicación sobre los que versará dicha medida deben de ser necesariamente aquellos que el investigado utilice habitualmente. También podrán ser intervenidos los terminales de comunicación de la víctima (si la hubiera) siempre que haya un riesgo para su vida o integridad personal o física.

En cuanto al artículo 588 bis c) de la LECRIM que expone que el juez instructor puede acordar o denegar la medida solicitada por la Policía Judicial en forma de auto motivado para respetar siempre los principios rectores de la medida, requiriendo siempre audiencia del Ministerio Fiscal. El juez tendrá un plazo de veinticuatro horas para resolver dictando el auto autorizando o denegando la medida.

¹² MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *“Derecho procesal penal”*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 293.

La solicitud de autorización previa que se requiere del juez instructor conocedor de la causa debe tener un contenido mínimo consistente en: *“la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica, la identificación de la conexión objeto de la intervención y los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate”*, siguiendo el artículo 588 ter d de la LECRIM. Además, tienen que existir razones fundadas (STC 239/1997), es decir, indicios fundados, para intervenir en las comunicaciones del investigado por el delito, no pueden ser meras sospechas de que esa persona lo ha cometido y vulnerar, por lo tanto, su derecho al secreto de las comunicaciones o su presunción de inocencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que debe haber *“buenas razones o fuertes presunciones”*.

Cuando nos encontremos ante delitos cometidos o relacionados con bandas armadas o terrorismo y la medida sea imprescindible, será el Ministerio Fiscal quien pueda ordenarla por razón de urgencia y necesidad o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Lo comunicarán al juez instructor de la causa en un plazo de veinticuatro horas como máximo y de una forma motivada. El juez en un plazo de setenta y dos horas, una vez comunicada la situación y la medida, podrá aceptarla o revocarla, en este último caso dándola por finalizada. En relación con el supuesto de terrorismo, en el caso de un interno en prisión, el precepto 51 de la LOGP, expone 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”*.

Por otra parte, habrá que determinar el objeto o elementos de la medida a adoptar que puede ser, por ejemplo, la grabación o el registro del contenido de la comunicación, la localización del destino, el origen que tiene...

En el caso de que el auto no esté suficientemente razonado o éste no existiera y la medida se hubiese llevado a cabo, nos encontraríamos información conseguida de una manera ilícita y vulnerando un derecho fundamental recogido en la CE, por lo tanto, se trataría de una prueba no válida y estaría prohibida su práctica en la celebración del juicio oral.

Por otra parte, existe un deber de colaboración específico, que viene regulado en el precepto 588 ter e) de la LECRIM en virtud del cual está obligado cualquier interviniente en las comunicaciones, con un especial deber de prestar colaboración a las personas que están realizando las diligencias de investigación y una obligación de guardar secreto sobre

las actividades realizadas. Si se incumple este deber u obligación especial de colaboración se incurre en responsabilidad por la comisión de un delito de desobediencia.

5.3- Duración de la medida

Para lograr conseguir el fin de la medida, resulta obvio, que la adopción de la misma será desconocida por parte de los comunicantes, ya que en caso contrario el medio de comunicación utilizado por ellos para la comisión del hecho delictivo dejaría de utilizarse y, por lo tanto, no se lograría la finalidad perseguida adoptando la medida de intervención en sus comunicaciones.

La intervención de las comunicaciones afecta a un derecho fundamental (el secreto de las comunicaciones), por lo que no se podrá establecer de una forma indefinida. La ley y la Circular 2/2019 de la Fiscalía General del Estado sobre medidas de investigación de la LECRIM esclarecen diferentes aspectos. En primer lugar la ley establece un plazo máximo de adopción de la medida expuesto a continuación.

En el artículo 588 ter g) de la LECRIM encontramos regulada su duración: *“la duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial, será de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses”*.

Como expone el anterior precepto se puede prorrogar el plazo para seguir con la adopción de la medida. La solicitud de prórroga se regula en el artículo 588 ter h) de la LECRIM que afirma que: *“para la fundamentación de la solicitud de la 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”*.

Tanto la duración de las prórrogas como la del inicio de la medida deberá, siempre estar justificada de acuerdo a los principios antes expuestos. Por lo tanto, no podría acordarse una prórroga indefinida o injustificada de la medida ya que se convertiría en desproporcionada e ilegal según la STS 9 de mayo de 1994.

5.4 El sistema integrado de interceptación legal de las telecomunicaciones (SITEL)

El sistema integrado de interceptación de las comunicaciones (SITEL), es un sistema informático fiable, que tiene como finalidad interceptar las comunicaciones y garantizar la autenticidad de las grabaciones aportadas al Juez para que este lleve un control. Cuenta con especial atención por la *“doctrina del TS que lo define, desarrolla y valora su validez como reconoce su*

reciente sentencia 659/2013, de 9 de julio, cumple con las garantías exigidas por la norma constitucional”¹³.

Siguiendo al autor LÓPEZ BARAJAS, SITEL: “es un sistema que utiliza un software o aplicación informática instalada en los proveedores de servicios de las redes de telecomunicaciones, una vez introducidos los parámetros de interceptación, no se precisa de intervención humana para realizarla y transmitirla en tiempo real a un centro de interceptación”¹⁴. Por otra parte, el software se utiliza por parte de Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil de una manera conjunta.

Se trata de un sistema que se basa en tres principios de actuación¹⁵: centralización, seguridad y automatización. Centralización, porque la sede central se encuentra en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil donde se administran los datos obtenidos. Seguridad, porque tiene ciertos filtros apoyados en el principio anterior. Automatización, que hace referencia a la necesidad que hay de modernizar el funcionamiento de la investigación reduciendo el coste y el espacio de almacenamiento¹⁶, pretendiendo almacenar el máximo de información posible con mecanismos de almacenamiento actuales y modernos. SITEL aporta datos muy importantes como la fecha hora y la duración de las llamadas telefónicas (ya sean teléfonos fijos o móviles), el lugar desde el que se realiza la llamada o el tipo de información; SMS, llamadas, whatsapp...

El juez debe entregar a las partes las cintas originales donde se contienen sus comunicaciones siempre esté “alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención”, a excepción de las grabaciones que hubieran afectado directamente a la vida íntima de las personas, debiendo, en este caso, constar de “un modo expreso”. El Juzgado tendrá a su disposición una transcripción de dichas grabaciones que tendrán el valor de prueba una vez incorporadas al proceso.

¹³ CASANOVA MARTÍ, Roser. “Problemática de las intervenciones telefónicas en el proceso penal: una propuesta normativa”. Tesis Doctoral. Tarragona, 2014, pp. 188.

¹⁴ LÓPEZ BARAJAS- PEREA, Inmaculada. “La intervención de las comunicaciones electrónicas”. Ed. La Ley, 2011, pp. 203-210.

¹⁵ En este sentido, véase también las SSTs 659/2013, de 9 julio. Ponente: Sr. D. Alberto Gumersindo y Jorge Barreiro.

¹⁶ Cit. CABALLERO PARA, Alberto. “Medios de investigación tecnológica en el proceso penal español”. “Régimen jurídico actual y en la inminente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, pp. 27.

5.5- El problema del lenguaje encriptado

Un problema que se suscita en este contexto, es el del efectivo conocimiento de comunicaciones objeto de intervención. En algunos casos, los sujetos que ven afectado su derecho al secreto de las comunicaciones sospechan sobre la medida impuesta judicialmente.

En estas ocasiones es habitual el empleo -particularmente, en delitos de narcotráfico- de un lenguaje diferente mencionando acciones que no serán constitutivas de delito. Por ejemplo, utilizan “envíame calcetines” en vez de “envíame X droga” o, “quedamos a las 4 en X cafetería para hablar de X cosa” en vez de “a X hora me traes el dinero de la droga y hacemos el cambio”.

En definitiva, utilizan un lenguaje distinto para acciones distintas para así distraer a la Policía Judicial que está interviniendo su comunicación. La doctrina y jurisprudencia lo denomina “*lenguaje encriptado*”.

Para poder poner en duda la presunción de inocencia del investigado hace falta una “*prueba de cargo valida*”, por lo tanto, las obtenidas con lenguaje encriptado conllevan que debe de haber otra “*prueba de cargo suficiente*” para incriminar al investigado objeto del proceso penal.

Contamos con la existencia de tres sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante donde se pone de manifiesto el tema abordado en el actual apartado. Este tribunal se manifiesta exponiendo que debe haber otra prueba de cargo suficiente que acompañe a la prueba de cargo obtenida con la intervención de los medios de comunicación en los que había un lenguaje encriptado; las Sentencia 6 de marzo de 2003, 8 de noviembre de 2001 y 6 de mayo de 2002. Por otra parte, el Tribunal Supremo también se pronuncia con diferentes fallos sobre dicho tema, por ejemplo en el del 11 de abril de 2002, de 28 de mayo de 2001.¹⁷

6- CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS.

Esta diligencia carecía de una regulación hasta la reforma en el año 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la LO 13/2015. En cuanto a la necesidad de reforma, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la posible intervención judicial de

¹⁷ WOLTERS KLUWER. “*ESPECIAL reformas penales 2019*”. Ed. La Ley. 2019.

las conversaciones entre los detenidos en dependencias policiales, pero este supuesto no lo amparaba la ley, también en espacios abiertos, en su domicilio o en lugares cerrados. Actualmente, encuentra su regulación en el Título VIII, Capítulo VI, conformado por los artículos 588 quater a) a 588 quater e) de la LECRIM. También es preciso señalar las previsiones contenidas en la circular de la FGE 3/2019, sobre la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

El preámbulo de la LO 13/2015 expone que: *“la experiencia demuestra que, en la investigación de determinados delitos, la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos puede resultar indispensable. Hay una exigencia de que sea el juez el que legitime el acto de injerencia y hay una necesidad de respetar los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad que justifiquen la adopción de la medida”*.

Se trata de una técnica de investigación con la que se tiene posibilidad de grabar mediante micrófonos las acciones delictivas de los presuntos sospechosos o, en ocasiones, la información relativa a estas acciones. Actualmente y en los últimos años, para investigaciones complejas se están utilizando micrófonos ambientales.

Como medida de investigación, afecta o puede afectar (ya que por ejemplo, si no se coloca el dispositivo electrónico en el domicilio no afecta al derecho de la inviolabilidad) también a los derechos fundamentales contenidos constitucionalmente en el artículo 18, como son el derecho a la intimidad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto a las comunicaciones o la protección de datos. Hay que señalar también, que afecta al derecho de no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable contenido en el artículo 24.2 de la Constitución Española y al derecho a la defensa en cuanto a las comunicaciones entre abogado y cliente del artículo 118.4 de la LECRIM.

Pero como ya he señalado, estos derechos fundamentales no son absolutos y pueden limitarse mediante autorización judicial y, por lo tanto, la intromisión en dicho derecho sería legítima.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda también que *“las escuchas de conversaciones a través de la colocación de micrófonos representan un grave ataque al respeto de la vida privada. Por consiguiente, deben fundarse en una Ley y que las normas que las regulan sean claras y detalladas”*¹⁸.

¹⁸ STEDH de 31 de mayo de 2005, caso *Vetter contra Francia*, párrafo veintiséis.

He de referirme en este punto artículo 588 quater a) 1º de la LECRIM cuando dispone que: *“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”*.

De esta regulación se excluyen ciertas conductas realizadas por particulares de una manera oculta o las escuchas directas por parte de los agentes policiales con la intención de que fuesen una prueba lícita en la celebración del juicio oral.

En cuanto a las escuchas realizadas por los particulares, si son conversaciones ajenas no se pueden grabar sin la correspondiente autorización judicial. En cambio, sí que pueden ser grabadas las conversaciones mientras lo realice uno de los intervinientes. En este último supuesto, hay que hacer dos precisiones: si la grabación se utiliza como prueba en un juicio oral no se incurriría en delito; mientras que si la grabación se utiliza en otros ámbitos como pueden ser las redes sociales sí que sería un delito y vulneraría el derecho a la intimidad del interviniente que ha sido objeto de la grabación.¹⁹

En cuanto a las escuchas realizadas por los agentes policiales, en primer lugar haciendo referencia al artículo 588 quinquies de la LECRIM que aborda que la policía judicial pueda obtener o grabar por medio de cualquier dispositivo electrónico a la persona investigada en lugar público, siempre que su finalidad sea la identificación del presunto responsable o para el esclarecimiento del hecho delictivo cometido; nunca valiendo para la prevención de su comisión, según la STS 321/2017 de 18 de abril de 2017.

Teniendo en cuenta la STS 465/2012 de 1 de junio de 2012, cuando la investigación se realice dentro del domicilio del presunto responsable o alejado de este pero que afecte directamente a su vida privada o íntima captando escenas del domicilio será necesaria la previa autorización judicial. También se prohíbe el uso de cámaras en lugares que afecten a la intimidad como pueden ser los aseos.²⁰

¹⁹ En este sentido véase, MATEO BUENO, Felipe Fernando. *“MATEO BUENO ABOGADO DE FAMILIA”*. <<https://www.mateobuenoabogado.com/grabaciones-hechas-por-particular/>>. [Consulta: 24/03/2020].

²⁰ En este sentido véase, *“Captación de imágenes en lugares o espacios públicos dentro del proceso penal”*. Última revisión el 16/08/2019. Ed. IBERLEY. <<https://www.iberley.es/temas/captacion-imagenes-lugares-espacios-publicos-proceso-penal-63152>> [Consulta: 24/03/2020]

Así, es necesario que la autorización judicial que acuerde la medida siguiendo los principios rectores de la restricción de los derechos fundamentales, ya que si es un supuesto que necesita dicha autorización y carece de ella las actuaciones de la policía serían nulas de pleno derecho por vulneración de los derechos recogidos en la Constitución Española, según se recoge en el artículo 11.1 LOPJ. La resolución habilitante podrá acordar solamente la grabación de imágenes sin sonido.

Al ser una figura de investigación que puede llevarse a cabo tanto en el domicilio del investigado invadiendo su intimidad personal como en un lugar público, la resolución judicial debe justificar la medida como también, en su caso, la entrada en dicho lugar. Hay que precisar que la medida que tenga lugar dentro del domicilio debe reservarse para los casos más graves, ya que también puede afectar a terceras personas ajenas al presunto delito, y “*la resolución habilitante habrá de extender su motivación a que proceda la entrada a estos lugares*” (artículo 588 quater a) 2º de la LECRIM).

En cuanto a los delitos que pueden habilitar la adopción de la medida serán, según el artículo 588 quater b) de la LECRIM: “*delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, delitos de terrorismo*”; y cuando “*la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor*”.

Haciendo referencia al precepto legal citado anteriormente, podemos observar que su adopción tiene lugar en casos muy concretos ya que estamos ante una medida que más afecta al derecho de la intimidad de una persona, por lo que los jueces deben ser estrictos en los requisitos que autorizan dicha figura, ya que por ejemplo pueden colocarse estos dispositivos en la habitación de una persona o, incluso, en el servicio²¹. A pesar de esto, llama la atención el apartado a) que dispone que la adopción de la medida podrá llevarse a cabo cuando sean: “*delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión*”; el legislador deja una horquilla muy amplia de delitos con pena entre uno a tres años en los que esta medida podrá adoptarse, lo que resulta muy llamativo²². Hay que

²¹ TOMÉ GARCÍA, José Antonio. “*Curso de Derecho Procesal Penal*”. Madrid. Dykinson S.L., 2019, pp. 297.

²² ROSALES LEAL, Miguel Ángel. “*CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES*”. INTERNET Y DEMOCRACIA. Revista núm 30. Julio y diciembre de 2018. [Consulta: 06/03/2020].

precisar que como el sujeto pasivo sufre una intromisión en su derecho fundamental, hay que interceptar las comunicaciones en delitos de suficiente gravedad.

La petición de la grabación la podrá solicitar el Ministerio Fiscal, la Policía Judicial o el propio Juez de oficio, según la ley.

En cuanto a la autorización de la medida, deberá contener las exigencias del artículo 588 bis c) de la LECRIM determinación de:

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

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 artículo 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". También deberá contener el lugar concreto donde se colocarán los dispositivos de vigilancia y los encuentros del investigado sometidos a estos.

La Policía Judicial dará cuenta al Juez para que éste lleve un control con los soportes originales de las grabaciones y emitirán un informe con los agentes que participaron en la investigación, según el artículo 588 quater d) de la LECRIM.

7- REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN.

Es conveniente aclarar, antes de comenzar a explicar este apartado, que en estos supuestos de registro de los dispositivos de almacenamiento masivo de información, más que

interceptar la comunicación como tal, lo que se lleva a cabo es el registro de un dispositivo dónde puede haber quedado reflejado un acto de comunicación.

7.1- Concepto

En este apartado, en primer lugar, se abordará qué se entiende por dispositivos de almacenamiento masivo de información; se hará referencia a cualquier dispositivo electrónico con capacidad almacenamiento de información de modo permanente o temporal de los que hagan uso los investigados, normalmente, a largo plazo. Estos pueden ser: discos duros, DVD, “pen drive”, CD.

Los aparatos electrónicos que acabo de citar anteriormente tienen como función el almacenaje de información de todo tipo que en la mayoría de los casos puede servir para contribuir a esclarecer información trascendente de los hechos que están siendo objeto de investigación.

El tema expuesto tiene su regulación legal en el Capítulo VIII del Título VIII del Libro II de la LECRIM artículos 588 sexies a) al apartado c) incorporado en virtud de la Ley Orgánica 13/2015. En nuestro ordenamiento es objeto de regulación el acceso y posterior examen de estos dispositivos electrónicos de almacenamiento. Esto afecta al derecho fundamental a la intimidad recogido constitucionalmente en el artículo 18.1 de la CE y a la protección de datos personales del 18.4, ya que, en ocasiones, está conectado con la entrada y registro del domicilio del investigado.

En dicha legislación encontramos una clara distinción entre los dispositivos que se requisan como consecuencia de un registro domiciliario y los que se incautan fuera del domicilio habitual del investigado, es decir, en la vía pública; la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece una reglas en cuanto a estos casos que se encuentran en los artículos 573 a 578. Existe una exigencia para ambos, el pronunciamiento por parte del juez a través de una autorización y en el caso de que fuese registro del domicilio debe ser individual y con especial motivación.

7.2- Presupuestos y práctica

Partiendo del articulado 588 sexies c.1º, el acceso y examen de la información que contienen los dispositivos electrónicos objeto de investigación será autorizado judicialmente de una manera motivada fijando los puntos de alcance de esta diligencia. Será la Policía Judicial la encargada de la incautación y del análisis de dichos aparatos.

Por otra parte, se autoriza a esta para que realice copias de los datos contenidos en los dispositivos interceptados siempre asegurando la integridad de los datos y las garantías de su preservación para poder realizar, a partir de esto, un examen de carácter pericial.

Observando lo antes expuesto, resulta llamativo que el precepto no haga referencia a ningún tipo delictivo concreto ni a la pena a partir del cual la medida se pudiese adoptar como “rango mínimo de aplicación de la interceptación”²³.

En el caso de que la información sea necesaria para encontrar otros datos sobre el delito y se encontrase en un dispositivo diferente del autorizado judicialmente, teniendo siempre razones fundadas de esto, se ampliará el registro con la necesaria autorización expresa.

En cualquier caso, como expone el artículo 588 sexies c.2º de la LECRIM, se evitará la incautación de los dispositivos de almacenamiento masivo que contienen la información necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, de modo que, si es posible, se realizará una copia que garantice la integridad y la autenticidad de los datos.

En el caso de que existan razones de especial urgencia y necesidad y esta medida sea imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y la obtención de pruebas, la Policía Judicial podrá examinar los dispositivos que crea necesarios dando cuenta siempre al juez competente con la mayor rapidez posible, con un máximo de 24 horas, por escrito y de forma motivada, para que autorice o revoque la actuación en un plazo de 72 horas desde que fuera ordenada la interceptación.

8- BREVE REFERENCIA A LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO

El agente encubierto encuentra su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 282 bis, precepto introducido con la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves; regulando de una manera más detallada la investigación de delitos graves como son el

²³ VID. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “*Derecho procesal penal*”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 300 y siguientes.

tráfico ilegal de drogas, secuestro de personas, trata de seres humanos, prostitución, terrorismo, contra la flora y la fauna en peligro de extinción y delitos de tráfico de material nuclear, tráfico con órganos humanos y trasplante, contra el patrimonio y el orden socioeconómico, propiedad intelectual e industrial, falsificación de moneda...; por tanto, el precepto se refiere a actividades delictivas atribuidas a organizaciones criminales o a la criminalidad organizada.

No obstante, esta figura existía con anterioridad, si bien la regulación tras reforma, se utiliza para la investigación procesal y no como un medio de obtención de información²⁴.

El legislador añadió un concepto legal previsto en el artículo 282 bis de la LECRIM, dentro de la regulación de la policía judicial en vez de ubicarlo en las investigaciones encubiertas, que expone que: *“la Policía Judicial podrá actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”*. Por lo tanto, es precisa la autorización judicial para que uno o varios agentes se introduzcan dentro de una organización criminal para hacerse pasar por uno de sus integrantes y así recopilar información, descubrir el delito y sus presuntos autores.

En palabras de VALIÑO CES, *“lo que se pretende es dar cobertura legal a la actuación del policía infiltrado en espacios íntimos del investigado y abordar ámbitos que pueden servir para la delincuencia como es Internet u otras tecnologías de utilización moderna”*.²⁵

Abordando ahora el ámbito de actuación de esta figura y siguiendo a la regulación del artículo 282 bis LECRIM, en su apartado 1º, se puede resumir en que hay que estar ante investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. También se establece que es necesario que exista una autorización judicial motivada, como he dicho anteriormente, ya que nos encontramos ante una figura que puede afectar a los derechos recogidos en el artículo 18 de la Constitución, y que dicha autorización recopile el *“nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto”*, *“la autorización será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con seguridad”*; por lo tanto, debe tenerse claro el fin del agente encubierto y la proporcionalidad de la medida.

²⁴ EXPÓSITO LÓPEZ, Luis. *“El agente encubierto”*. Revista UNED, núm 17, 2015, pp. 255.

²⁵ VALIÑO CES, Almudena. *“Una lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la LO 13/2015”*. Diario la Ley, núm 8731, 2016, pp. 3.

Esta medida tiene como duración máxima seis meses con la posibilidad de prórroga en plazos de igual duración, siempre que existan motivos justificados para ello y estén autorizados por el Juez.

El agente encubierto tiene la obligación y el deber de proporcionar la información que recopile al Juez lo antes que éste pueda y de una manera muy detallada. El legislador no fija un plazo determinado para la puesta a disposición de la información compilada, como expresa el precepto 282.1 bis de la LECRIM: “*la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible*”. La información debe aportarse de una manera íntegra al órgano competente encargado de la instrucción y será éste quien la valore. Si observamos el artículo, no hace referencia a la forma o modo de poner en conocimiento esa información.

Por otra parte, el legislador, en el artículo 282.2 bis de la LECRIM, establece que: “*ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto*”; según el precepto podemos deducir que la figura del agente encubierto tiene carácter voluntario no puede ocupar la posición de agente encubierto cualquier funcionario de policía sino que solo podrán serlo los miembros de la Policía Judicial. El agente actuará, en resumidas cuentas, bajo una entidad falsa que le permita ganarse la confianza del grupo y acceder a datos de los miembros de la organización investigada, mediante el engaño²⁶.

Con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con 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, se introducen los apartados 6 y 7 del artículo 282 bis. El punto sexto del artículo hace referencia al agente encubierto informático contemplado para los delitos que se prevén en el apartado cuarto o en cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a; la modificación responde a la necesidad de adaptar la ley a los cambios tecnológicos que sufre la sociedad constantemente. El punto séptimo hace referencia a la posibilidad por parte del agente encubierto de grabar imágenes relativas a encuentros previstos con el investigado, incluso aunque tengan lugar en la vivienda de éste; debiendo contar siempre con la previa autorización judicial.

²⁶ GIMENO SENDRA, José Vicente. “*Manual de derecho procesal penal*”. Madrid: Castillo de Luna, ediciones jurídicas, 2018, pp. 363 – 364.

9- CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. ALGUNOS EJEMPLOS ILUSTRADORES.

En virtud del derecho a la presunción de inocencia, cualquier persona es inocente hasta que se dicte contra él una sentencia firme condenatoria. Para que sea así, el juicio se tiene que celebrar respetando una serie de requisitos y garantías para el encausado, entre los cuales se encuentra que deben existir pruebas de cargo validas contra él, ya que la presunción de inocencia despliega sus efectos a lo largo del proceso y también en el momento de la valoración de la prueba.

Este derecho se encuentra expresamente recogido en la Constitución Española en el artículo 24.2 que señala que: *“todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*. Pero este derecho es desarrollado ampliamente por la jurisprudencia y, en especial, por el Tribunal Constitucional. También aparece recogido en diversos textos legales como en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su artículo 11.1, en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos en el 14.2 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos incluido en el 6.2.

Para que una prueba sea válida para fundamentar una sentencia condenatoria deben concurrir ciertos requisitos, según GIMENO SENDRA:

- Exclusivamente, las partes acusadoras del proceso penal tienen la carga de la prueba, según el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias como son 303/1993, 17/1984, 124/1983.
- La prueba tiene que practicarse dentro del juicio oral y con intermediación del juez que va a dictar sentencia.
- Según el artículo 297.1 de la LECRIM, los atestados no tienen el valor de prueba, sino que tienen el valor de denuncia. Haciendo referencia a la Constitución en su artículo 126 señala que la función de la policía judicial sería *“la averiguación del delito o descubrimiento del delincuente”*.
- El tribunal sentenciador no puede basar su sentencia en una prueba prohibida. Teniendo en cuenta, en este sentido, el artículo 11.1 de la LOPJ en el que dice que:

“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

- En último lugar, señalar que el tribunal tiene que realizar una valoración conjunta de la prueba como afirma la STC 34/1996, *“la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración”*.²⁷

La vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones no tiene porque suponer la nulidad de todo el proceso sino solamente la de la prueba obtenida vulnerando este derecho fundamental. Según la sentencia STC 145/2014, de 22 de septiembre, cualquier actividad encaminada a obtener las fuentes de prueba para ser incorporadas al proceso, *“será válida siempre que no se infrinjan o vulneren los derechos fundamentales, ya que la verdad no puede ser hallada a cualquier precio sino que se encuentra limitada por el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales”*.²⁸

Como dispone la STS 301/2013, de 18 de abril, *“la prohibición de valorar la prueba ilegalmente obtenida pretende, por un lado, otorgar la máxima protección a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y, por el otro, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los responsables de la investigación criminal”*²⁹.

En primer lugar, abordaremos la ineficacia probatoria de las escuchas telefónicas recopiladas de una manera ilícita; es decir, la prueba conseguida ilícitamente: en este caso será el juez enjuiciador del proceso penal el que deberá excluir del proceso toda prueba obtenida ilícitamente, por consiguiente, vulnerando los derechos fundamentales de los ciudadanos recogidos en la Constitución; aunque también el juez instructor del caso puede excluir la admisión de la prueba si observa que cuando es propuesta por las partes esta es ilícita. Esta prueba se recoge contraviniendo la Ley y, por lo tanto, no puede ser utilizada en el proceso penal.

Dentro de esta categoría encontramos la prueba prohibida y la prueba ilícita.

²⁷ WOLTERS KLUWER, sobre la presunción de inocencia. ()

²⁸ STC 145/2014, de 22 de septiembre. Ponente Don Fernando Valdés Dal-Ré. Antecedente segundo.

²⁹ CASANOVA MARTÍ, Roser. *“Problemática de las intervenciones telefónicas en el proceso penal: una propuesta normativa”*. Tesis Doctoral. Tarragona, 2014, pp. 233.

La primera, a grandes rasgos, es la que es contraria a los derechos o libertades fundamentales y, por tanto, no surte efecto (art. 11.1 LOPJ) ya que vulnera el art. 24 CE. Como consecuencia, este tipo no tiene ningún valor ni eficacia probatoria³⁰. (Ej: si una intervención telefónica se ha llevado a cabo sin autorización judicial y sin respetar los diversos principios no podrá ser prueba en el juicio oral y como consecuencia no podrá dar origen a una sentencia de condena con fundamento de esta, ya que ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y el de la intimidad).

Siguiendo la doctrina y sentencias del TC, “*toda prueba de una prueba prohibida es nula*”³¹. A esto se le denomina teoría refleja ya que la obtención de una prueba de forma prohibida puede conllevar a la obtención de otras a raíz de esa y, por lo tanto, lo obtenido también se considerarían pruebas prohibidas.

La segunda, se trata de aquella obtenida con una infracción de la ley procesal sin resultar como tal la vulneración del contenido del derecho fundamental. Este tipo de prueba puede ser admitida por el juez que dictará sentencia valorándose el tipo de infracción y su trascendencia en el proceso. Se sancionará el uso de esta, pero no quiere decir que no tenga aplicación dentro del proceso penal en el que se está desarrollando; aunque en ocasiones, esa sanción será su no aplicación en dicho proceso.

La toma en consideración de una prueba ilícita puede suponer la vulneración del derecho a la presunción de inocencia: así como señala la STC 253/2006, de 11 de septiembre, “*al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha*

³⁰ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “*Derecho procesal penal*”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 443; GIMENO SENDRA, José Vicente. “*La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas*”. Categoría: Revista 39, Tribuna de actualidad. *El notario del siglo XXI*. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-39/697-la-intervencion-de-las-comunicaciones-telefonicas-y-electronicas-0-2863723191305737>

³¹ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “*Derecho procesal penal*”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 444; GIMENO SENDRA, José Vicente. “*La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas*”. Categoría: Revista 39, Tribuna de actualidad. *El notario del siglo XXI*. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-39/697-la-intervencion-de-las-comunicaciones-telefonicas-y-electronicas-0-2863723191305737>

*vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia*³².

En la STC 253/2006, de 11 de septiembre, se declara nula la intervención de las comunicaciones telefónicas por entender vulnerado el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones. En este sentido dispone que: *“se denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), como consecuencia de la falta de motivación de los Autos que autorizaron las intervenciones y de la falta de un adecuado control judicial de la ejecución de la medida. Igualmente se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por fundarse la condena exclusivamente en pruebas ilícitamente obtenidas (las intervenciones telefónicas) y en pruebas derivadas de aquéllas”*.

El Tribunal Constitucional resuelve, en este sentido, exponiendo que otorga el amparo que se le solicita y reconoce el secreto del derecho de las comunicaciones del solicitante y anulando los autos de los otros juzgados que acordaban la intervención de las comunicaciones.

Cuando por las razones que sea, la prueba haya sido incorporada al proceso y sea contraria a los derechos fundamentales no se admitirá en el proceso y no se tendrá en cuenta por el juez³³. En palabras del autor SILVA MELERO: *“cuando los medios de prueba son ilícitos, no deben ser admitidos y, en caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta”*³⁴.

En último lugar, abordare alguna sentencia relacionada con el tema que trato en mi trabajo. He seleccionado tres de ellas que me han parecido interesantes para que se observe lo importante que es respetar todos los principios que rigen las diligencias de investigación que he aludido anteriormente de una forma detallada.

9.1 CASO NASEIRO (ATS 3773/1992, de 18 de junio de 1992).

Este caso³⁵, aunque ya es antiguo, fue muy conocido en su época. La trama tiene comienzo en noviembre de 1988, cuando se empieza a investigar con la correspondiente orden

³² CASANOVA MARTÍ, Roser. *“Problemática de las intervenciones telefónicas en el proceso penal: una propuesta normativa”*. Tesis Doctoral. Tarragona, 2014, pp. 232

³³ Cit. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *“La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”*. Navarra: Thomson, Aranzadi, 2003, pp. 217.

³⁴ Cit. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *“La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”*. Navarra: Thomson, Aranzadi, 2003, pp. 218.

³⁵ ATS (Sala 2ª) 3773/1992, de 18 de junio de 1992.

judicial e interceptando una línea de teléfono móvil, un presunto delito de tráfico de drogas. Las personas encargadas de las escuchas telefónicas descubrieron (mediante estas) otro delito diferente del que estaban investigando. Escucharon a miembros muy importantes del Partido Popular como llevaban a cabo negocios económicamente fraudulentos, que luego destinaban a la financiación del partido; por lo tanto, se descubrió una posible financiación ilegal del PP.

Cuando estas escuchas acabaron, dos años después. Luis Manglano, juez instructor del caso, ordenó la detención de Salvador Palop y Rosendo Naseiro, así como de varios directores, arquitectos y empresarios implicados en la trama. Según las acusaciones, se concedían licencias a diferentes constructoras a cambio de que diesen comisiones que luego eran usadas para financiarse el partido.

El caso fue trasladado al Tribunal Supremo, ya que sospecharon de la implicación de Luis Sanchís, diputado del PP y, por lo tanto, se trataba de una persona aforada. El Tribunal, aceptó la petición de los abogados de los implicados de que las escuchas telefónicas no fuesen pruebas de cargo válidas ya que la autorización no había sido para la investigación de este delito sino para el de tráfico de drogas, y se estaban vulnerando, por tanto, derechos fundamentales como el de la intimidad recogido en la Constitución Española.

Finalmente, fueron absueltos, ya que fue anulada la única prueba con la que contaba la acusación, y una vez abierto el juicio oral se debe dictar sentencia. En palabras del Tribunal se vulneran porque: *“no hay manifestación de indicios ni motivación efectiva; hay ausencia de control; no hay periodicidad de control; hay disociación entre investigación y autorización; se entregan copias y no originales; no hay proporcionalidad y no hay determinación de la medida y de sus límites”*.³⁶ El efecto que se pone de manifiesto es la presunción de inocencia, ya que si no existen pruebas o las que existen no son válidas, las personas gozan de inocencia hasta que se pueda demostrar lo contrario de una manera lícita.

Este caso, aprecia el principio de especialidad que, en grandes rasgos hace referencia a la necesidad de autorización judicial para el caso concreto y para los concretos sospechosos responsables del delito. Si no se cumple esto, la prueba obtenida no sería válida para acusar a los autores. En este supuesto, la autorización judicial se otorga para la investigación del

³⁶ Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 18 junio 1992. Recurso núm. 610/1990. Ponente: Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo.

presunto delito de tráfico de drogas y las escuchas se utilizan para acusar de otro delito que carecía de autorización.

9.2 CASO “PELÁEZ, CRESPO Y CORREA vs. GARZÓN” (STS 79/2012, de 9 de febrero).

Esta sentencia se dicta sobre la causa 20716/2009 (anterior a este caso), dicha causa la inició el querellante Ignacio Peláez (abogado defensor de José Luis Ulibarri, el constructor imputado de la trama Gürtel) contra el juez Baltasar Garzón. En un momento posterior, se unen como acusación particular contra el magistrado, Crespo y Correa. Estos dos últimos, son presos preventivos del caso Gürtel, trama que estaba siendo investigada por Garzón.

Se abrió el procedimiento por la presunta comisión por el magistrado de un delito contra la Administración de Justicia y prevaricación por la utilización de dispositivos electrónicos de escucha y de su correspondiente grabación violando así los derechos constitucionalmente recogidos que tienen los presos con sus abogados para conversar con intimidad dentro del centro penitenciario; y también se le acusa de la presunta comisión de un delito de prevaricación judicial.

El juez Garzón, en su investigación de la trama Gürtel, suprime la confidencialidad acordando escuchas y grabaciones de las comunicaciones entre los presos y sus abogados, sin haber justificación que existiesen hechos probados de que se aprovechaban de su ejercicio para la comisión de otros delitos. Causándoles por esto a los presos, *“un daño totalmente injustificado y difícilmente reparable”*, según dicha sentencia.

Nos encontramos en la sentencia la palabra *“a sabiendas”*, palabra que se encuentra prevista en el artículo 446 del Código Penal, por lo que podemos observar que es un elemento subjetivo que usa la ley y, que por lo tanto, el juez utiliza para la adopción de la resolución que dicta sin estar suficientemente justificado para acordar escuchas en las reuniones de los presos con sus defensores puesto que vulneraba el derecho a la defensa de estos; por lo tanto, las investigaciones realizadas por el juez Garzón, se consideraron arbitrarias.

Para el TS *“la justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo justicia”* y expone que *“no es preciso conocer el contenido completo de las conversaciones mantenidas entre los internos y sus defensores. Pues para establecer una lesión material al derecho de defensa, es suficiente con la demostración de que esas conversaciones fueron intervenidas por quienes participaban en la investigación penal de los hechos”*.

Garzón, en su defensa, alega que quería impedir que Correa y Crespo siguiesen cometiendo el delito de blanqueo de capitales a través de sus abogados defensores cuando se reunían en prisión.

El fallo recogido por el TS contra Garzón (en aquel momento magistrado de la Audiencia Nacional) fue la inhabilitación en su cargo de juez durante once años y la pérdida absoluta de su condición, el pago de las costas procesales y de las costas de las acusaciones particulares; se le condena por un delito de prevaricación y con pena de multa. En el fallo se recoge la condena por responsabilidad civil pero no se le impone dicha pena.³⁷

Se le condena con tal pena, en definitiva, porque no tenía justificación razonable para las escuchas y su grabación entre los presos del caso Gürtel y sus abogados dentro de los locutorios del centro penitenciario, violando así el derecho fundamental a la defensa.

Por otra parte, estas escuchas son subsumibles en la ley cuando haya previa autorización judicial y solamente para delitos de terrorismo; por eso, para otros casos diferentes se debería realizar una reforma en la ley que lo amparase.

9.3 CASO MARTA DOMÍNGUEZ

Marta Domínguez fue atleta española con especialidad en carrera de fondo siendo campeona en diversos certámenes. El tribunal de arbitraje deportivo la sancionó en 2010 porque había ciertas irregularidades biológicas en su pasaporte. Detectaron variaciones en este debido al consumo de sustancias dopantes.

En el año 2010 la Guardia Civil la detuvo por la presunta implicación en el caso “Operación Galgo”, investigación sobre una red de dopaje. En su domicilio se encontraron medicamentos y diversos documentos que la implicaban en la trama, así como conversaciones y fotografías. En el juicio se la imputó junto con otras catorce personas (médicos, entrenadores, otros deportistas) como presunta responsable de un delito contra la salud pública y blanqueo de dinero.

Las sustancias encontradas en su vivienda no estaban prohibidas y vulneraban su derecho a la intimidad, alegaba la atleta. El TS (sentencia núm. 348/2017) expone que Marta “*consintió en que se le realizaran extracciones de sangre*”, por lo tanto, no fueron obtenidas de una manera ilegal o vulnerando su derecho este derecho.

³⁷ STS 79/2012, de 9 de febrero. Ponente: Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

En 2011, se dividió el caso en cuatro partes, quedando lo referente a la atleta como pieza separada de la Operación Galgo. La justicia finalmente, en el 2012, anuló las escuchas telefónicas realizadas a la atleta. Esto es así, porque el juez consideró que las escuchas realizadas a los otros integrantes de la Operación Galgo eran suficientes para tener controlada a la atleta, por lo que la intervención en los dispositivos de Marta eran innecesarios. En cambio sí que admite las escuchas realizadas al médico, a la hermana de la atleta y a su entrenador, por entender que *“se trata de medidas proporcionales e idóneas a la investigación”*.

En cuanto a las escuchas de Marta Domínguez son anuladas porque lo que se ponía de manifiesto con ellas era la comisión de una práctica prohibida dentro del ámbito deportivo al que esta pertenecía, pero no serían un delito dentro de nuestro sistema penal. Como consecuencia de esta anulación, más tarde, se archiva el caso Operación Galgo.

En este caso, como se puede observar hay una confusión entre el ámbito deportivo y el penal. No se puede entrometer en la intimidad de una persona (derecho fundamental) utilizando el procedimiento penal cuando las acciones realizadas solo son reprochables dentro del ámbito deportivo, según el TS en la sentencia antes citada.

10- CONCLUSIONES.

PRIMERO.- Antes de la promulgación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica; la relativa a la intervención en las comunicaciones era muy escasa y casi inexistente. De hecho, en el artículo 579 había un listado de casos que hacían referencia a la tecnología pero era evidente la carencia de muchos supuestos importantes que debían ser regulados, por lo tanto, podemos observar que había un vacío normativo que se debía suplir.

Con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, el legislador pretende dar cabida a numerosos supuestos que tenían que ver con los rápidos avances tecnológicos que había sufrido la sociedad en los últimos años añadiendo así diferentes preceptos en la ley que ya he explicado a lo largo de mi trabajo. En el Capítulo IV de la LECRIM, se introducen disposiciones comunes que serán aplicables al resto de diligencias de investigación desarrolladas en los tres siguientes capítulos. También, desarrolla más en profundidad el artículo 579, introduciendo la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica y delimitando su ámbito material de aplicación, así como los plazos de

duración y las excepciones a la necesidad de autorización judicial para proceder a la investigación³⁸. Se introduce, además, el artículo 579 bis, para dar cabida a los hallazgos casuales que puedan tener lugar durante otras investigaciones. Con la reforma, también, tiene lugar la incorporación del artículo 588 ter, referido a las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Así mismo, se da una solución al vacío normativo existente en cuanto al registro de los dispositivos de almacenamiento masivo. Con la modificación de dicha ley, se profundiza en la figura del agente encubierto, actualizando los instrumentos que este puede emplear en la investigación de diferentes delitos, pudiendo grabar conversaciones u obtener imágenes; y tiene lugar la creación del llamado agente informático.

A pesar de la reforma legal, en lo que concierne al tema abordado, sabemos que el Derecho va “un paso por detrás” que los tiempos actuales, por lo que sigue habiendo algunas lagunas normativas en cuanto a la regulación de la interceptación de las comunicaciones, ya que los avances en las tecnologías son muy rápidos y constantes y la ley sigue sin regular todos los supuestos en los que hay una necesidad de investigar mediante las tecnologías delictivas; o también mediante estos avances hay nuevas formas de delinquir, la llamada ciberdelincuencia. En consecuencia, los tribunales han de suplir estas lagunas con su jurisprudencia.

En mi opinión, por mucho que el derecho quiera detallar y regular cada supuesto concreto, la tecnología avanza muy deprisa y es tan utilizada por todo el mundo que nunca podrá hacerse una regulación tan completa de casos.

SEGUNDO.- Todos los ciudadanos gozan del derecho a la intimidad, personal y familiar, que está recogido en la Constitución Española en su artículo 18, junto con este se encuentra el derecho al secreto de las comunicaciones, al honor, a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio. Son fundamentales, inquebrantables e inalienables; por esto, siempre que se quiera investigar un delito entrometiéndose en la intimidad de cualquier persona, se debe contar con la precisa autorización judicial y respetando taxativamente todos los requisitos y principios que recoge la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

Este artículo que está situado en la Constitución Española en el Título I bajo la rúbrica “*de los derechos y libertades fundamentales*”, dentro del Capítulo II, Sección 1ª “*de los derechos*

³⁸ Exposición de motivos de 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. Punto IV, pág 4.

fundamentales y de las libertades públicas” y, como todo derecho fundamental, tiene una especial protección como por ejemplo que solo se pueden desarrollar por ley orgánica. Esta ley necesita una mayoría cualificada en las Cortes, a diferencia de una ley ordinaria que necesita una mayoría simple; la cualificada, cada vez es más difícil de obtener porque el voto está más dividido al haber pluralidad de representación política en el Parlamento; y, por tanto, los derechos fundamentales son en los únicos que se pueden recurrir en virtud del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En este sentido si no se respetan los derechos fundamentales recogidos constitucionalmente, se vulneraría el derecho de presunción de inocencia, que es otro de estos, ya que con las pruebas que se demostraría la culpabilidad serían ilícitas y no podrían incluirse dentro del juicio oral, y así respetar las garantías constitucionales que le corresponden a todo acusado.

En este sentido, haré una breve referencia a la llamada “*doctrina del fruto del árbol envenenado*”, es una teoría jurisprudencial que se basa en las pruebas obtenidas ilícitamente exponiendo que no pueden ser utilizadas como prueba válida contra una persona y añadiendo que todas las pruebas obtenidas a raíz de la que se consiguió de una manera ilegal serán ilícitas también. En definitiva, que la prueba ilícita se debe eliminar “*de raíz*” para evitar que se consigan otras pruebas que estén “*envenenadas*”. Esto se pone de manifiesto en muchas sentencias como por ejemplo: Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 72/2018, de 19 de septiembre de 2018³⁹; Sentencia de la Audiencia Provincial Tarragona 8/2018, de 27 de marzo de 2018⁴⁰ o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 328/2018, de 6 de marzo de 2018⁴¹.

TERCERO.- En mi trabajo he desarrollado unas cuantas nociones de la interceptación de las comunicaciones en su conjunto y dentro de cada tipo de ellas los requisitos que son necesarios para la adopción de dicha diligencia de investigación. Así como los principios rectores de estas diligencias. He hecho referencia a la detención y apertura de la correspondencia, a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, a la

³⁹ Sentencia penal nº 287/2018, Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4, Recurso 72/2018, de 19 de septiembre de 2018. Ponente María Inmaculada Montesinos Pidal.

⁴⁰ Sentencia penal nº 116/2018, Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 4, Recurso 8/2018, de 27 de marzo de 2018. Ponente María Concepción Montardit Chica.

⁴¹ Sentencia penal nº 167/2018, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, Recurso 328/2018, de 6 de marzo de 2018. Ponente Celso Rodríguez Padrón.

captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos y al registro de dispositivos de almacenamiento masivo.

Me parecía oportuno un desarrollo más detallado del apartado referente a las comunicaciones telefónicas y telemáticas, ya que actualmente la mayoría de las personas tienen un uso masivo de la telefonía ya sea oralmente o a través de mensajes, es decir dependemos la mayoría de los teléfonos móviles. Y como consecuencia de esto, se hace, en ocasiones, una utilización indebida de los dispositivos utilizándolos como ayuda para la comisión de diversos delitos o como apoyo de almacenamiento de información relevante de estos delitos como pueden ser el tráfico de drogas, asesinatos, blanqueo de capitales, financiación ilegal de partidos políticos...

También en relación a esto, he hecho una breve alusión a cómo funciona el sistema integrado de interceptación de las telecomunicaciones utilizado por la Policía Nacional y la Guardia Civil en la investigación de los delitos que estén siendo investigados a través de la interceptación de las comunicaciones.

CUARTO.- Por último señalar, que me parecía interesante poner de relieve algún caso en el que se aplicase o manifestase el tema que desarrollo en mi trabajo, para así observar si se cumplen todos los requisitos que impone la ley y la jurisprudencia dentro del caso concreto. Solo he hablado de tres casos, pero he de decir que dentro de las sentencias españolas hay abundancia de casos sobre estos asuntos. Por tanto, se puede comprobar que es un tema de mucha aplicación actualmente y que en mi opinión sería necesaria una regulación más detallada para que no haya confusión a la hora de dictar las sentencias condenatorias.

En la sociedad española, se está poniendo de manifiesto con el estado de alarma, un debate sobre lo expuesto que puede quedar la intimidad de las personas con las diferentes aplicaciones que se quieren imponer de geolocalización (ya impuestas en otros países como es China), acceso a los datos de los móviles de los ciudadanos (en Eslovaquia se aprobó esta medida por el Parlamento el 25 de marzo) o en España la aprobación de una norma, que tuvo lugar el 28 de marzo BOE, para el desarrollo de una aplicación que permita conocer mejor la expansión del Covid-19... con la finalidad de *“crear una serie de medidas dirigidas a proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública”*⁴². Esto es así, porque en vez de ser un juez el que va a decidir si la intromisión en las comunicaciones puede servir como una prueba lícita, y ser él

⁴² Boletín Oficial del Estado, de viernes 27 de marzo de 2020. Núm 85.

mismo el que autorice para cada caso concreto la interceptación siguiendo todos los requisitos que la ley impone; como una medida excepcional será el propio Gobierno el que ordene esa interceptación a todos los dispositivos, sin necesidad de respetar todas las garantías que la normativa recoge. Como consecuencia, podrá conseguir datos de la intimidad de las personas y atentar contra este derecho fundamental. Con esto, los ciudadanos se quedan sin garantías de si cuando se acabase el estado de alarma en el que estamos inmersos, esos datos se destruirían correctamente o por el contrario en un futuro pudiesen ser utilizados con otro fin distinto del de controlar el Covid-19.

También como debate actual al encontrarnos como ya he dicho ante una emergencia sanitaria provocada por la pandemia, contamos con la existencia de una ley conocida vulgarmente como “*Ley Mordaza*”. En virtud de ella, el Gobierno autorizará a la Policía para que pueda entrometerse en las redes sociales de todos los ciudadanos al amparo de que no se pueden divulgar bulos que puedan aumentar el estrés de la sociedad. Y en mi opinión es muy difícil saber qué es bulo y qué no, además de que se puede estar restringiendo nuestro derecho fundamental a estar informados y a la intimidad sin garantías judiciales. Es cierto que, una vez que añadimos contenido (imágenes, videos, publicaciones...) a nuestras cuentas en las redes, decidimos quienes serían las personas que podrían acceder a ello quienes no, y dependiendo de la aplicación que se trate tiene su “cifrado extremo” para proteger esa intimidad. Por tanto, existen aplicaciones que tienen diferentes niveles de protección de este derecho y somos nosotros mismos los que decidimos cuales utilizar.

La jurisprudencia es la que tiene que decir caso por caso con su doctrina qué derecho prevalece cuando hay un choque entre derechos fundamentales o cuando existe un vacío normativo. La ley tiene que ser por definición general y, por tanto, no podrá abarcar todos los supuestos o casos concretos que se puedan plantear en la sociedad.

11- ANEXOS.

11.1 Bibliografía.

ARMENTA DEU, T. “*Lecciones de derecho procesal penal*”. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BARRIENTOS, Jesús María. “*La intervención en las comunicaciones telefónicas y telemáticas*”. Información jurídica inteligente. <<https://practico-penal.es/vid/intervenciones-telefonicas-391379966>> [Consulta: 15/02/2020].

CABALLERO PARA, Alberto. *“Medios de investigación tecnológica en el proceso penal español”*. *“Régimen jurídico actual y en la inminente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*. Cit. Pág: 27.

“Captación de imágenes en lugares o espacios públicos dentro del proceso penal”. Última revisión el 16/08/2019. Ed. IBERLEY. <<https://www.iberley.es/temas/captacion-imagenes-lugares-espacios-publicos-proceso-penal-63152>> [Consulta: 24/03/2020].

CASANOVA MARTÍ, Roser. *“Problemática de las intervenciones telefónicas en el proceso penal: una propuesta normativa”*. Tesis Doctoral. Tarragona, 2014.

DÍAZ REVORIO F. J., *“El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”*, Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, núm. 59.

EXPÓSITO LÓPEZ, Luis. *“El agente encubierto”*. Revista UNED, núm 17, 2015.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *“La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”*. Navarra: Thomson, Aranzadi, 2003.

GIMENO SENDRA, José Vicente. *“La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”*, Tribuna de Actualidad, *Notario del siglo XXI*, <www.elnotario.es>, Revista núm. 39, 4 de octubre de 2011. [Consulta: 15/02/2020].

GIMENO SENDRA, José Vicente. *“Manual de derecho procesal penal”*. Madrid: Castillo de Luna, ediciones jurídicas, 2018.

GÓMEZ ÁLVAREZ, Juan Jesús. Trabajo Fin de Grado, Universidad de Almería. *“Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el proceso penal”*.

LÓPEZ BARAJAS - PEREA, Inmaculada. *“La intervención de las comunicaciones electrónicas”*. Ed. La Ley.

MATEO BUENO, Felipe Fernando. *“MATEO BUENO ABOGADO DE FAMILIA”*. <<https://www.mateobuenoabogado.com/grabaciones-hechas-por-particular/>>. [Consulta: 24/03/2020].

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “*Derecho procesal penal*”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019; GIMENO SENDRA, José Vicente. “*La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas*”.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “*Derecho procesal penal*”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019; GIMENO SENDRA, José Vicente. “*La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas*”. Categoría: Revista núm. 39, Tribuna de actualidad. *El notario del siglo XXI*.

ROSALES LEAL, Miguel Ángel. “*Captación y grabación de comunicaciones orales*”. Internet y democracia. Revista núm 30. Julio y diciembre de 2018.

RUIZ MIGUEL, Carlos. “*El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del TEDH*”. Madrid: Cívitas, 1994.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio. “*Curso de Derecho Procesal Penal*”. Madrid: Dykinson S.L., 2019.

VALIÑO CES, Almudena. “*Una lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la LO 13/2015*”. Diario la Ley, núm 8731, 2016.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. “*Investigación Tecnológica de delitos: Disposiciones Comunes e Interceptaciones telefónicas y telemáticas*”. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid, 2016.

WOLTERSKLUWER, “*Especial reformas penales*”. 2019. [Consulta 14/02/2020]

WOLTERS KLUWER, sobre la presunción de inocencia. [Consulta 13/02/2020]

11.2 Legislación

BOE, de viernes 27 de marzo de 2020. Núm. 85.

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

Ley de Enjuiciamiento Criminal en su última actualización el 6/10/2015, BOE

Ley Orgánica del Poder Judicial, en su última actualización el 25/07/2019, BOE

Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre sobre *“modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”*.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

11.3 Jurisprudencia.

STS 79/2012, de 9 de febrero. Ponente: Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

SSTS 659/2013, de 9 julio. Ponente: Sr. D. Alberto Gumersindo y Jorge Barreiro.

ATS (Sala 2ª) 773/1992, de 18 de junio de 1992.

Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 18 junio 1992. Recurso núm. 610/1990. Ponente: Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo.

STC 145/2014, de 22 de septiembre. Ponente: Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré. Antecedente segundo.

STEDH de 31 de mayo de 2005, caso *Vetter contra Francia*, párrafo veintiséis.

Sentencia penal nº 116/2018, Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 4, Recurso 8/2018, de 27 de marzo de 2018. Ponente: Sra. Dña. María Concepción Montardit Chica.

Sentencia penal nº 167/2018, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, Recurso 328/2018, de 6 de marzo de 2018. Ponente: Sr. D. Celso Rodríguez Padrón.

Sentencia penal nº 287/2018, Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4, Recurso 72/2018, de 19 septiembre de 2018. Ponente: Sra. Dña. María Inmaculada Montesinos Pidal.