



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DADE

Intercepción de las comunicaciones
telefónicas y telemáticas como medida de
investigación en el proceso penal

Presentado por:

Álvaro García Juárez

Tutelado por:

Yolanda Palomo Herrero

Valladolid, 1 de julio de 2022

RESUMEN.

El presente trabajo se centra en el estudio de las diligencias de investigación telemáticas y telefónicas reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a partir de la reforma de la Ley Orgánica 13/2015, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Se analizará la incidencia que tienen estas medidas de investigación en los derechos fundamentales del investigado, especialmente en el derecho al secreto de las comunicaciones y en el derecho a la intimidad, lo que obliga a la necesidad, salvo determinadas excepciones de contar con autorización judicial para su adopción, además de un control judicial durante la ejecución. Se analizará la diferente jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que la actuación jurisprudencial sirvió para suplir en determinados casos las lagunas legales anteriores a la reforma del año 2015. Por último, se analizará el valor probatorio de estas intervenciones, especialmente en el ámbito de las intervenciones ilícitas.

Palabras clave: interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, diligencias de investigación, proceso penal, secreto de las comunicaciones, intimidad, prueba ilícita.

ABSTRACT

This paper focuses on the study of the telematic, and telephone investigation measures regulated in the Criminal Procedure Act from the reform of the Organic Law 13/2015, for the strengthening of procedural guarantees and the regulation of technological investigative measures. The incidence that these investigative measures have on the fundamental rights of the investigated will be analyzed, especially on the right to secrecy of communications and the right to privacy, which requires the need, with certain exceptions to have judicial authorization for its adoption, in addition to judicial control during the execution. The different jurisprudence of both the Constitutional Court and the Supreme Court as well as the European Court of Human Rights will be analyzed since the jurisprudential action served to fill in certain cases the legal gaps prior to the reform of 2015. Finally, the evidentiary value of these interventions will be analyzed, especially in the field of unlawful interventions.

Key Words: interception of telephone and telematic communications, investigative measures, criminal proceedings, secrecy of communications, privacy, unlawful evidence.

INTRODUCCIÓN.....	5
1. REGULACIÓN LEGAL DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.....	7
1.1. REGULACIÓN EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.....	7
1.1.1. Introducción Derechos Fundamentales.....	7
1.1.2. Derecho al Secreto de las Comunicaciones.....	9
1.1.3. Derecho a la intimidad.....	11
1.1.4. Las excepciones del artículo 55 CE	12
1.2. REGULACIÓN EN LA LECRIM.....	14
1.2.1. REGIMEN ANTERIOR A LA LO 13/2015.....	14
1.2.2. REGIMEN POSTERIOR A LA LO 13/2015.....	19
1.2.2.1. Principios rectores.....	19
1.2.2.2. Disposiciones comunes.....	22
2. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS.....	24
2.1. DIFERENCIA ENTRE COMUNICACIÓN TELEFÓNICA Y TELEMÁTICA	24
2.1.1. Supuestos no comprendidos en la protección del art 18.3 CE.....	26
2.2. PRESUPUESTOS PARA SU ADOPCIÓN.....	27
2.2.1. Art 588 ter a LECRIM.....	27
2.2.2. Juicio de proporcionalidad en delitos leves.....	30
2.2.3. Delitos conexos.....	30
2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA.....	31
2.3.1. Ámbito de aplicación objetivo.....	31
2.3.2. Ámbito de aplicación subjetivo.....	33
2.3.2.1. Utilización por el investigado de terminales o medios de comunicación de titularidad ajena.....	34
2.3.2.2. Intervención de terminales o medios comunicación de la víctima.....	35
2.3.2.3. Intervención de terminales o medios de comunicación de terceras personas...35	

2.4.	INCORPORACIÓN AL PROCESO DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS.....	37
2.5.	ACCESO A LOS DATOS NECESARIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE USUARIOS, TERMINALES Y DISPOSITIVOS DE CONECTIVIDAD.....	39
2.5.1.	Identificación mediante IP.....	39
2.5.2.	Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes.....	41
2.5.3.	Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad.....	43
3.	ACCESO DE LAS PARTES A LAS GRABACIONES.....	44
3.1.	DERECHO DE LAS PARTES DE ACCEDER A LAS GRABACIONES.....	44
3.2.	DERECHO DE TERCEROS AFECTADOS A CONOCER LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.....	45
4.	VALOR PROBATORIO DE LAS INTERVENCIONES ILÍCITAS.....	46
4.1.	LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ART 11.1 LOPJ Y EN LA JURISPRUDENCIA.....	46
4.2.	LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO Y SUS EXCEPCIONES.....	49
5.	VALOR PROBATORIO DE LAS INTERVENCIONES LÍCITAS.....	53
5.1.	LAS ESCUCHAS COMO PRUEBA DOCUMENTAL.....	54
5.2.	LA PRUEBA TESTIFICAL.....	55
5.3.	LA PRUEBA PERICIAL DE VOZ.....	56
	CONCLUSIONES.....	57
	BIBLIOGRAFIA.....	60
	JURISPRUDENCIA CÍTADA.....	63

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo se centra en el estudio de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas como medida de investigación en el proceso penal. La regulación legal se encuentra actualmente en el Capítulo V de la LECrim tras la reforma que tuvo lugar en el año 2015. En este trabajo se mencionará también el régimen legal anterior a esta reforma de 2015, que se caracterizaba por ser insuficiente y poco garantista para los derechos del investigado, lo que provocó varias condenas a España por parte del TEDH, como tendremos ocasión de analizar.

El escaso desarrollo legal provocó, que tanto la jurisprudencia como la doctrina, tuvieran que realizar grandes labores de interpretación y de integración con un muy buen resultado, tal y como expuso el TEDH. La reforma legal del año 2015 ha mejorado sustancialmente el régimen anterior y lo ha adaptado a las nuevas tecnologías, que suponen un reto cada vez mayor para la investigación de determinados delitos informáticos.

La aparición de nuevos medios y aparatos electrónicos provocó nuevos debates sobre la licitud o la ilicitud de las pruebas que se podían obtener de estos dispositivos y su posterior admisión durante el proceso penal. Estos nuevos instrumentos electrónicos han cambiado el día a día de los ciudadanos y provocó que la legislación que regulaba únicamente las llamadas telefónicas quedase obsoleta ante las nuevas aplicaciones de mensajería instantánea. El derecho se encontró en este ámbito con un gran retraso frente a la sociedad que evoluciona de una manera más veloz y el legislador consciente de ello promulgó la LO 13/2015 con el objetivo de adaptar nuestro derecho a las nuevas tecnologías.

La intervención de las comunicaciones facilita al Estado que cumpla con el *Ius Puniendi*, pero a la vez que cumple con este *Ius Puniendi* debe velar por que no se vulneren los derechos fundamentales de los ciudadanos. La intervención de las comunicaciones de los investigados entra en conflicto con una serie de derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad o el derecho al secreto de las comunicaciones. Por esta razón, el Estado debe contar con una ley clara y completa, en la que se regule con exactitud cuales son los presupuestos, la duración de la medida, a quien afecta y otra serie de cuestiones con el fin de lograr que la medida no vulnere derechos fundamentales. A lo largo del trabajo nos centraremos en analizar con detalle cada uno de estos requisitos que la reforma de 2015 ha regulado de manera precisa y completa, aunque también se mencionarán algunos déficits que siguen existiendo a pesar de esta reciente reforma.

Por último, procederemos a estudiar el valor probatorio de estas intervenciones en el proceso penal centrándonos especialmente en el valor probatorio de las intervenciones ilícitas y en cómo se ha pasado de un modelo en el que las intervenciones ilícitas no tenían ningún valor a un modelo en el que existen una serie de excepciones que estudiaremos con detalle. El cambio de modelo se debe principalmente a la influencia de la jurisprudencia estadounidense que con el paso del tiempo se ha trasladado a la jurisprudencia española.

1. REGULACIÓN LEGAL DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.

Se analiza en este apartado la regulación legal de la intervención de las comunicaciones, tanto telefónicas como telemáticas. La primera regulación a la que se hará mención por su importancia jerárquica es la contenida en el artículo 18 CE y las limitaciones que este artículo presentaba antes de la reforma de la LECrim por la LO 13/2015, de 5 de octubre, que supuso un fortalecimiento de las garantías procesales de las medidas de investigación tecnológicas.

Por tanto, vamos a realizar una comparativa entre el modelo anterior a la reforma (modelo básicamente jurisprudencial) y el modelo actual con la reforma de la LECrim y el nuevo capítulo IV del Título VIII del Libro II referente a las “disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos”.

1.1. REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

Las medidas de investigación tecnológica se encuentran dentro de las medidas de investigación que limitan los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18 CE. Se trata de actuaciones judiciales que suponen una intromisión en los derechos fundamentales del investigado¹.

1.1.1. Introducción derechos fundamentales

Los derechos fundamentales han variado tanto en contenido, como en límites a lo largo del tiempo. De acuerdo con el criterio *ius naturalista*, seguido por autores como Aristóteles o Santo Tomás, los derechos fundamentales pertenecen al individuo en cualquier momento y en cualquier lugar, ya que son preexistentes al concepto de Estado².

Por el contrario, las tesis positivistas entienden que estos derechos fundamentales solo existen dentro del ordenamiento jurídico estatal, es decir, deben ser reconocidos por una ley positiva.³

¹ SANTOS MARTÍNEZ, Albert. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Barcelona: Wolters Kluwer, 2017. Pág 37.

² VEGA LÓPEZ, Jesús. “Aristóteles, el derecho positivo y el derecho natural”. *Anuario de filosofía del derecho*, 2011. Págs 284-285.

³ VEGA LÓPEZ, Jesús. “Aristóteles, el derecho positivo y el derecho natural”, *op.cit.*, Pág 304.

Los dos planteamientos se pueden unir en una tesis mixta, según la cual podemos decir que, aunque los derechos fundamentales proceden de un orden anterior al Estado, es necesario una positivización para que sean exigibles. Estas tesis mixtas son las que están presentes en el pensamiento mayoritario actual y por ello los derechos fundamentales aparecen recogidos en leyes positivas.

Los derechos fundamentales tienen una situación privilegiada en el ordenamiento jurídico español, por lo que el Estado debe respetarlos y solo podrá vulnerarlos en casos excepcionales en el ámbito de una investigación y siempre que venga previsto en la ley. En el ordenamiento español son derechos fundamentales los que están situados en el capítulo segundo del título I de la CE, referente a los derechos y libertades. El recurso de amparo es una forma de protección de estos derechos fundamentales, pero esta tutela específica no determina que estemos ante un derecho fundamental.⁴ Los derechos de la sección 2ª del capítulo II no son susceptibles de recurso de amparo y, sin embargo, son derechos fundamentales, ya que los poderes públicos deben respetar el contenido esencial de los mismos.

Por tanto, aunque el artículo 14 CE y el resto de la Sección primera del capítulo II del título I tengan el mecanismo adicional del recurso de amparo, no son los únicos derechos fundamentales del ordenamiento español.

En cuanto al contenido de los derechos, el artículo 53 CE⁵ en su apartado primero se refiere “al contenido esencial de los derechos” y establece que las leyes tienen como límite este contenido esencial. No existe una definición de lo que se entiende por contenido esencial de los derechos, por lo que ha sido la jurisprudencia del TC la encargada de suplir esta laguna: “la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales se rige por las facultades de actuación que son necesarias para que el derecho sea reconocido como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo, quedando desnaturalizado”⁶.

Por tanto, se puede decir que el contenido esencial de un derecho es aquel que hace que pueda ser reconocido como tal y no como otro derecho.

⁴ BIGLINO CAMPOS, Paloma, y ALLUÉ BUIZA, Alfredo. *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Valladolid: Lex Nova, 2013. Pag 401-404.

⁵ Artículo 53.1 CE “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a).”

⁶ STC 204/2004, de 18 de noviembre de 2004, f.j.5º.

En cuanto al límite de estos derechos, la CE tampoco menciona cuál es su límite, pero siguiendo la jurisprudencia constitucional, se pone de manifiesto que no son derechos ilimitados. Destaca la STC 207/1996⁷, en la que el tribunal señala que para que pueda producirse una injerencia en un derecho fundamental tienen que cumplirse los siguientes requisitos:

- Fin constitucionalmente legítimo, entre los que señala el *ius puniendi*.
- Se debe observar en todo caso el principio de legalidad.
- Debe existir una resolución judicial motivada.
- Se debe aplicar el principio de proporcionalidad, es decir, la medida debe ser idónea para lograr el fin legítimo pretendido y tiene que ser la menos gravosa para el perjudicado.

Respecto a la titularidad de los derechos fundamentales, salvo excepciones como el caso de los derechos políticos⁸, se puede decir que son titulares todos los hombres, mientras que el Estado sería el titular pasivo, por ser el encargado de su reconocimiento y cumplimiento. Pero también los individuos tienen una titularidad pasiva, ya que deben respetar y proteger los derechos del resto de individuos, por lo que son a la vez sujetos activos y pasivos.

Realizada esta breve introducción a los derechos fundamentales, la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas afecta principalmente a dos derechos fundamentales, como son el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad.

1.1.2. Derecho al secreto de las comunicaciones.

El artículo 18.3 CE dispone “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”⁹. Este artículo ya estaba presente en otras constituciones históricas españolas, como la de 1869, la de 1876 o la de 1931.¹⁰

⁷ STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, f.j 4º.

⁸ SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”. *Ayer*, 1999, nº34, Pág 236.

⁹ Artículo 18.3 CE “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

¹⁰ Artículo 7 CE de 1869, artículo 7 CE de 1876 o artículo 32 CE de 1931
https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf
https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1876.pdf

En el ámbito europeo se protege también este derecho al secreto de las comunicaciones en el artículo 8 CEDH¹¹. Es importante este precepto del CEDH, ya que la doctrina del TEDH contribuirá a la interpretación de nuestro derecho al secreto de las comunicaciones. También se reconoce este derecho en el ámbito internacional en el artículo 12 DUDH¹².

Centrando el análisis en el ordenamiento español, la presencia del derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito de los derechos fundamentales requiere que los límites a este derecho se lleven a cabo mediante Ley Orgánica¹³.

En la actualidad se encuentra en la 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 tecnológica¹⁴ que se analizará a lo largo del presente trabajo, así como las deficiencias del régimen anterior a esta LO 13/2015, que llevaron a España a ser sancionada por el TEDH.

En cuanto al objeto del derecho, resulta esencial que el proceso comunicativo se produzca a través de un medio técnico y aunque en el artículo 18.3 CE se mencionen algunos medios técnicos, nos encontramos ante un *numerus apertus*, especialmente en los últimos tiempos con la evolución tecnológica.¹⁵

El Tribunal Constitucional ha manifestado que el concepto de secreto no afecta solo al contenido de la comunicación, sino que afecta a otros elementos, como la identidad de los participantes, por lo que este derecho estaría afectado por el acceso al registro de llamadas de un teléfono móvil.¹⁶

En cuanto a las restricciones del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, nuestra Constitución señala que se realizará por resolución judicial, aunque

¹¹ Artículo 8 CEDH “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹² Artículo 12 DUDH “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

¹³ BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. “El derecho al secreto de las comunicaciones”. *Parlamento y Constitución*. Anuario, 1998, n.º2. Pág 190.

¹⁴ Ley Orgánica 13/2015 publicada en el BOE el 6 de octubre de 2015.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725

¹⁵ BIGLINO CAMPOS, Paloma, y ALLUÉ BUIZA, Alfredo. *Lecciones de Derecho Constitucional II*, op.cit., Pág 564-565.

¹⁶ STC 142/2012 de 2 de julio de 2012, f.j.3º o STC 230/2007 de 5 de noviembre de 2007, f.j.2º.

también puede ser suspendido por las excepciones del artículo 55 CE, que serán analizadas en los próximos apartados. En la práctica, casi todas las restricciones de este derecho se deben a una resolución judicial. El carácter limitado de este derecho se pone de manifiesto la STS 644/2012, de 18 de julio “el derecho al secreto de las comunicaciones no es absoluto, ya que la prevención y punición del delito constituye un interés constitucionalmente legítimo que justifica su limitación, con la correspondiente autorización judicial”¹⁷

Será la ley la que prevea los aspectos esenciales de esta intervención para que se respete el derecho fundamental, así como otros principios del derecho penal como la presunción de inocencia o el proceso penal con todas las garantías.¹⁸

1.1.3. Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad aparece recogido en el artículo 18.1 CE “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”¹⁹. Existe una parte de la doctrina²⁰ y de la jurisprudencia²¹ que consideran que el derecho al secreto de las comunicaciones es una manifestación del derecho a la intimidad.

Sin embargo, otra parte de la doctrina²² y la jurisprudencia²³ entienden que el apartado que corresponde a la intimidad es un concepto material, a través del cual el ordenamiento señala lo que cada persona reserva para sí misma, o para sus personas de confianza y que, por tanto, aparta del conocimiento de terceros, mientras que el secreto de las comunicaciones es un concepto formal, mediante el cual se protege el contenido de la comunicación independientemente de que el contenido sea o no íntimo.²⁴

Por tanto, el derecho a la intimidad es un derecho que se vincula con la propia personalidad, que se deriva de la dignidad de la persona que se reconoce en el artículo 10.1 CE. El derecho a la intimidad exige un ámbito propio frente al conocimiento de los demás sin consentimiento del titular.²⁵

¹⁷ STS 644/2012, de 18 de julio de 2012, f.j.25°.

¹⁸ BIGLINO CAMPOS, Paloma, y ALLUÉ BUIZA, Alfredo. *Lecciones de Derecho Constitucional II*, op.cit., Pág 566.

¹⁹ Artículo 18.1 CE, publicada en el BOE el 29 de diciembre de 1978.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

²⁰ RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Madrid: Mc Graw Hill, 1997. Pág 23.

²¹ ATS 3773/1992, de 18 de junio de 1992, f.j.2°.

²² BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. “El derecho al secreto de las comunicaciones”, op.cit., Pág 170.

²³ STS 2844/2014 de 16 de junio de 2014, f.j.1°.

²⁴ CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch, 2014. Pag 51-54.

²⁵ SANTOS MARTÍNEZ, Albert. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, op.cit., Pág 41-42

La intimidad familiar es una categoría que se adhiere a la intimidad personal. Se entiende que la esfera privada no se extiende únicamente a la vida personal, sino que engloba aspectos que guardan relación con el vínculo familiar, por lo que también queda protegido este ámbito de la intimidad familiar en el derecho reconocido en el artículo 18.1 CE.²⁶

1.1.4. Las excepciones del art 55 CE.

Los derechos fundamentales son límites al legislador, pero pueden ser suspendidos de manera general o individual. El artículo 55 CE²⁷ establece la suspensión de los derechos fundamentales en base a dos situaciones: una primera situación provocada por estados de excepción y de sitio (artículo 116 CE) y una segunda situación relacionada con las investigaciones de terrorismo. Estas excepciones del artículo 55 CE incluyen la posibilidad de suspender el derecho al secreto de las comunicaciones. La situación vinculada al artículo 116 CE sería una suspensión general, mientras que la suspensión por investigación de terrorismo sería una suspensión individual.

La suspensión de los derechos fundamentales no puede producirse sin más por decisión de las autoridades, sino que se suspenden por una situación de extrema gravedad y mediante la declaración previa de un estado de excepción o de sitio, es decir un estado de anomalía constitucional. Los estados de excepción y de sitio están previstos para una situación de crisis que no pudiera solucionarse por los mecanismos ordinarios. Para reaccionar a estas situaciones de crisis, el ordenamiento adopta una serie de medidas, que consisten en un aumento de los poderes del poder ejecutivo y en suspender temporalmente el ejercicio de determinados derechos, siempre bajo determinadas garantías.²⁸

Las situaciones excepciones se regulan en el artículo 116 CE que es desarrollado por la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio²⁹. La delimitación

²⁶ SANTOS MARTÍNEZ, Albert. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, op.cit., Pág 42.

²⁷ Artículo 55 CE “1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.”

²⁸ BIGLINO CAMPOS, Paloma, y ALLUÉ BUIZA, Alfredo. *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Op.cit.Pag 427-428.

²⁹ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio publicada el 5 de junio de 1981 en el BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-12774>

entre ambos estados no es clara, como ha puesto de manifiesto la pandemia del Covid-19 con la declaración de inconstitucionalidad del estado de alarma.³⁰

Entre los derechos que pueden ser suspendidos, se encuentran los derechos a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones, aunque tienen que cumplirse una serie de garantías, como que la intervención de las comunicaciones se notifique de forma inmediata al juez competente y además se debe motivar. Por tanto, a pesar de que la intervención se podría producir sin autorización judicial, se garantiza posteriormente que el juez tenga conocimiento para evitar indefensión.

La suspensión individual de los derechos fundamentales se menciona en el segundo apartado del artículo 55 CE. Es una medida que carecía de regulación en el derecho comparado, pero que fue necesaria de implementar en España por los continuados atentados de la banda terrorista ETA. El concepto de terrorismo ha sido definido por la doctrina y por la jurisprudencia conforme a una serie de elementos.

En primer lugar, debe darse un componente que busque alterar gravemente la paz pública y el otro elemento debe estar orientado a subvertir el orden constitucional.³¹

El alcance de esta suspensión individual es, por tanto, limitado, ya que solo pueden ser destinatarios de la medida las personas que presuntamente estén relacionadas con organizaciones terroristas. Al mencionar el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, se indicó que la autorización judicial formaba parte de ese contenido esencial, pero la mención del artículo 55.2 CE permite que una Ley Orgánica determine que para determinados casos y con la necesaria intervención judicial se suspendan los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2 y 18, apartados 2 y 3 de la CE.

La Ley Orgánica que reguló esta cuestión fue la derogada LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución³². Esta LO 9/1984 en su artículo 17 señalaba que, en caso de urgencia, el Ministro del Interior, o en su defecto el Director de la Seguridad del Estado,

³⁰ STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021.

³¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. *Legislación antiterrorista en España*. París, 2003 (en línea). Sitio web: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/CLC+64+esp.pdf>. (consultado marzo 2022).

³² Artículo 55.2 CE “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

comunicándolo inmediatamente al juez competente que confirmará o revocará la medida en el plazo máximo de 72 horas, podrán acordar la observación postal, telegráfica o telefónica.³³

Esto actualmente se recoge en el apartado tercero del artículo 579 LECrim.³⁴ Por tanto, se observa como aún en los casos de urgencia, se prevé por la ley el control del juez competente, de cara a proteger el derecho al proceso justo recogido en el artículo 24 CE.

1.2. REGULACIÓN EN LA LECRIM.

1.2.1. Régimen anterior a la LO 13/2015

La LECrim no regulaba las intervenciones telefónicas hasta 1988 con la LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la LECrim³⁵ que modificó el artículo 579 dedicado a la detención de comunicaciones. Sin embargo, a pesar de que no se encontraba regulado en la LECrim, la posibilidad de intervenir comunicaciones se encontraba en el artículo 18.3 CE además de en la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 CE. Los delitos donde la medida de investigación se podía aplicar estaban recogidos en el artículo primero de la citada ley y eran los siguientes:

- Delitos contra la vida y la integridad de las personas.
- Atentados contra la autoridad, sus agentes, funcionarios públicos y sus familiares.
- Detenciones ilegales, secuestros bajo rescate o cualquier otra condición o con simulación de funciones públicas.
- Asaltos a establecimientos militares y de las Fuerzas de seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas y de los entes locales, instalaciones y centros de comunicación, trenes, busques, aeronaves, automóviles, edificios públicos, oficinas bancarias, recaudatorias, mercantiles u otras en que se conserven caudales, así como polvorines, armerías y centros sanitarios.
- Coacciones, amenazas o extorsiones.

³³ Artículo 17 LO 9/1984, de 26 de diciembre. “En caso de urgencia esta medida podrá ordenarla el ministro del interior. o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.”

³⁴ Artículo 579.3 LECrim “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.”

³⁵ Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la LECrim publicada en el BOE el 26 de mayo de 1988. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12909>

- Incendios u otros estragos.
- Delitos contra el jefe del Estado y su sucesor, contra los altos Organismos de la Nación, contra la forma de Gobierno y delitos contra la seguridad exterior del Estado.
- Rebelión.
- Tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, manipulación, transporte o suministro.
- La constitución de entidades, organizaciones, bandas o grupos formados para la actividad terrorista o rebelde, la pertenencia a los mismos y los actos de cooperación o colaboración con sus actividades.
- Cualesquiera otros delitos realizados por las personas comprendidas en el número 1, cuando la comisión de los mismos contribuyera a la actividad terrorista o rebelde, así como los delitos conexos y los cometidos en cooperación con dichas actividades o individuos.

Por tanto, existía una ley que limitaba el derecho al secreto de las comunicaciones, pero en principio esta ley estaba destinada únicamente a los casos de terrorismo, por lo que no se podía extender a supuestos ajenos al terrorismo.

A pesar de esto, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia³⁶ entendieron que al ser la constitución “*ley de leyes*” y al indicar el artículo 18.3 CE que el derecho al secreto de las comunicaciones se podía limitar por resolución judicial, no era necesario dictar una nueva ley orgánica que regulara el resto de los supuestos ajenos al terrorismo.³⁷

Sin embargo, España fue sancionada por el TEDH, en el caso Valenzuela Contreras contra España³⁸. La condena que se produjo tuvo lugar por delitos de injurias y amenazas y durante la investigación de los hechos se tuvieron en cuenta aspectos relacionados con las comunicaciones telefónicas. Estos delitos no estaban comprendidos en la LO 9/1984, por lo que la investigación de las comunicaciones se llevó a cabo en base al artículo 18.3 CE.

El TEDH sentenció que, aunque España contase con el artículo 18.3 CE, este artículo no tenía un desarrollo suficiente, por lo que no aseguraba la vida privada del investigado y por tanto esta intervención vulneraba el artículo 8 CEDH.

³⁶ STS 6967/1990, de 5 de octubre de 1990, f.j.3º.

³⁷ CASABIANZA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2016. Pag 214-215.

³⁸ STEDH 27671/95 Caso Valenzuela Contreras contra España.

El TEDH cuando analizó el concepto “previsto por la ley” consideró que no era únicamente necesario que existiese una base en el derecho interno, sino que era necesario que tuviese una “cierta calidad” dicha ley, con el objetivo de proteger a los afectados por la medida de posibles ataques arbitrarios por parte de los poderes públicos.³⁹

El TEDH entendió que para que la previsión de la ley tuviera una “calidad suficiente” era necesario que existiesen unos límites fijados, como la duración de la medida, las personas que pueden ser objeto de la medida, o el uso y destrucción de las grabaciones realizadas. Por tanto, España fue sancionada por vulneración del derecho a la vida privada del demandante, recogida en el artículo 8 CEDH⁴⁰ y fue un aviso para que España modificase el régimen previsto para las intervenciones telefónicas.

Este régimen se modificó por la LO 4/1988, de 25 de mayo, que reformó la ley de enjuiciamiento criminal para incluir la intervención de las comunicaciones telefónicas en el artículo 579 LECrim.⁴¹ La nueva regulación no estuvo exenta de críticas debido principalmente a la complicada interpretación de los apartados 2 y 3 del artículo 579 LECrim que parecía indicar que estábamos ante dos modos distintos de llevar a cabo la intervención de la comunicación.⁴²

En el apartado segundo, se hacía referencia al procesado, es decir aquel contra el que se ha dictado un auto de procesamiento, mientras que en el apartado tercero es un sujeto respecto al cual únicamente se tienen indicios. Tampoco aclara el precepto la diferencia entre el apartado 2 referente a la intervención y la observación a la que se refiere el apartado 3. Por último, el apartado 2 no menciona plazo alguno al que se sujeta la medida, lo cual no es garantista para los derechos del individuo al que se interceptan las comunicaciones.

De considerar que ambos apartados regulaban una situación diferente, la investigación carecía de sentido, ya que las intervenciones telefónicas carecerían de plazo, mientras que las comunicaciones postales y telegráficas solo podrían observarse sin conocer su contenido⁴³.

³⁹ STEDH 27671/95 Caso Valenzuela Contreras contra España. f.j.46. Este argumento fue utilizado por el TEDH en otras sentencias como la STEDH 8691/79 Caso Malone contra Reino Unido.

⁴⁰ Artículo 8 CEDH “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

⁴¹ LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal publicada en el BOE el 26 de mayo de 1988. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12909>

⁴² Apartado 2 art 579 LECrim “Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.”

Apartado 3 art 579 LECrim “De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.”

⁴³ CASABIANZA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, op.cit., Pág 217.

Con el objetivo de solucionar estas graves deficiencias, el Tribunal Supremo manifestó en la STS 12011/1993, de 25 de junio de 1993, en su fundamento jurídico cuarto que “nos encontramos ante una mera distinción gramatical con objeto de evitar antiestéticas repeticiones, ya que en ambos casos lo que se pretende, tanto con la intervención como con la observación, es conocer el contenido íntegro de las conversaciones”⁴⁴.

Con esta interpretación del Tribunal Supremo, las intervenciones telefónicas ya quedaban sometidas a plazo, concretamente al plazo de tres meses prorrogables, que se regulaba en el apartado tercero del artículo 579 LECrim. Por otro lado, se puso de manifiesto que se podía intervenir el telégrafo y el correo postal y no solo observar.

A pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia y de la doctrina por completar las lagunas del artículo 579 LECrim, España fue nuevamente sancionada por el TEDH, en la sentencia Prado Bugallo contra España.⁴⁵

Esta sentencia se dictó en el año 2003 y el objeto del litigio era el reformado artículo 579 LECrim que había sido modificado por la LO 4/1988. El demandante alegó que se habían producido contra él escuchas telefónicas que violaban el artículo 8 CEDH. Las circunstancias del caso se remontan al año 1990, cuando se abrió una investigación contra el demandante por tráfico de sustancias estupefacientes. Se acordó por el juez de instrucción la intervención durante el plazo de 30 días de las líneas telefónicas de varias personas que resultaban sospechosas de estar involucradas en el tráfico de drogas.⁴⁶ La demanda mantuvo la ilegalidad de las escuchas en el juicio en la Audiencia Nacional, así como en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo y en el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, negándose en todos los casos la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.

El demandante se remitió al caso Valenzuela Contreras contra España analizado anteriormente y alegó que la modificación del artículo 579 LECrim no había sido suficiente para permitir la intervención de las comunicaciones, ya que no definía en base a que delitos se podían intervenir las comunicaciones, ni otras condiciones como el uso y destrucción de las grabaciones.⁴⁷

El TEDH consideró que la modificación del artículo 579 LECrim era insuficiente y aludió a la jurisprudencia del TS y del TC en desarrollo de este artículo, por lo que la

⁴⁴ STS 12011/1993 de 25 de junio de 1993.

⁴⁵ STEDH 58496/00 Prado Bugallo contra España.

⁴⁶ STEDH 58496/00 Prado Bugallo contra España, circunstancia del caso 14.

⁴⁷ STEDH 58496/00 Prado Bugallo contra España, circunstancia del caso 26.

jurisprudencia era consciente de la escasa calidad legislativa del artículo según el TEDH. El TEDH mantuvo, además, que la jurisprudencia del TS y del TC, en especial, el auto del TS de 18 de junio de 1992⁴⁸ es posterior a los hechos que son objeto de la sentencia, por lo que no puede tenerse en cuenta para el caso presente y por ello condena a España por violación del artículo 8 CEDH.

En los años siguientes, la jurisprudencia española, tanto del TS como del TC trataron de suplir los defectos del artículo 579 LECrim para evitar nuevas sanciones por parte del TEDH. La jurisprudencia señaló en diversas sentencias los requisitos y exigencias que debían cumplirse para la validez de las intervenciones telefónicas⁴⁹:

- a) Exclusividad jurisdiccional, en el sentido de que es necesaria la intervención del juez para la intervención de las comunicaciones.
- b) La finalidad de las intervenciones debe ser exclusivamente probatoria, con el fin de determinar la existencia del delito y las personas responsables de este.
- c) La medida solo debe adoptarse cuando no exista otro medio de investigación que cause un menor perjuicio en los derechos fundamentales del sujeto al que afectan.
- d) La medida debe cumplir con el principio de proporcionalidad, por lo que solo deberá adoptarse en caso de delitos graves con trascendencia social. La lesión que sufre el individuo en sus derechos fundamentales se debe compensar con un fin superior.
- e) La medida de intervención de las comunicaciones telefónicas debe tener una limitación temporal, no se podrá prorrogar de manera indefinida ni excesiva.
- f) La medida no puede utilizarse para descubrir de manera general, debe utilizarse para investigar un especial hecho delictivo.
- g) La motivación suficiente de la resolución judicial que acuerde la medida.

Por tanto, si todos los requisitos anteriores se dan en la medida de intervención de las comunicaciones, no se estará lesionando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones garantizado por la CE.

La gran labor llevada a cabo por la jurisprudencia española se puso de manifiesto en un nuevo caso ante el TEDH. Después de las sanciones en el caso Valenzuela Contreras y Prado Bugallo ya mencionadas, España ganó el caso Abdulkadir Coban contra España.⁵⁰ El caso

⁴⁸ ATS 3773/1992, de 18 de junio de 1992

⁴⁹ STS 692/1997, de 7 de noviembre de 1997, f.j.4º. Ver también Circular 1/2013, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas de la Fiscalía General del Estado publicada en el BOE el 11 de enero de 2013.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2013-00001>

⁵⁰ ATEDH 17060/02 Abdulkadir Coban contra España.

data del año 1995, cuando en una investigación por tráfico de drogas, se intervinieron las líneas telefónicas de los investigados mediante auto del Juez Central de Instrucción. Fueron condenados por la Audiencia Nacional quien rechazó la nulidad de las escuchas telefónicas, ya que se respetaron los presupuestos fijados por la jurisprudencia.⁵¹

El demandante formuló recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando que se había vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional siendo ambos denegados, por lo que acudió ante el TEDH.

El TEDH inadmitió la demanda al entender que la jurisprudencia española había completado el insuficiente artículo 579 LECrim y citó varias sentencias como la STC 184/2003, de 23 de octubre o la STC 49/1999, de 5 de abril entre otras. Además, el Tribunal entendió que la medida de intervención fue necesaria, ya que sirvió como medio para descubrir un delito de tráfico de drogas.⁵²

1.2.2. Régimen posterior a la LO 13/2015

Los defectos de la legislación fueron suplidos por la abundante jurisprudencia, pero el legislador fue consciente de que era necesaria una reforma de la ley para acabar con las lagunas que existían en el artículo 579 LECrim y llevar esos principios jurisprudenciales a la ley. Esta reforma se produjo en el año 2015 por la 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.⁵³

Esta ley es novedosa respecto a los medios tecnológicos avanzados y cumple con la función de llenar los vacíos legislativos anteriores. Se introduce en el título VIII del Libro II siete nuevos capítulos que engloban las denominadas según la propia ley “medidas de investigación tecnológica”.

1.2.2.1 Principios rectores

La interceptación de las comunicaciones como consecuencia de injerir en un Derecho Fundamental necesita de una serie de principios rectores que justifiquen adoptar esa medida. Los principios rectores se regulan en el artículo 588 bis a) incluido en el capítulo IV del título VIII del libro II LECrim y son los siguientes⁵⁴:

⁵¹ ATEDH 17060/02 Abdulkadir Coban contra España, circunstancia del caso 2º.

⁵² CASABIANZA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, op.cit., Pág 223-224.

⁵³ LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim publicada en el BOE el 6 de octubre de 2015. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725

⁵⁴ Artículo 588 bis a. LECrim. “1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con

- a) Principio de especialidad. Este principio exige que la medida de investigación se relacione con un delito concreto, es decir, no se puede autorizar por parte de los Tribunales una medida de investigación tecnológica que pretenda descubrir delitos sin ninguna base objetiva. Se debe investigar, por tanto, un delito concreto, que tiene que estar contemplado en el artículo 579.1 LECrim⁵⁵, por tanto, debe ser un delito doloso castigado con pena límite máximo de, al menos, tres años de prisión, de criminalidad organizada o de terrorismo.

Este principio exige también que se detalle el contenido de la intervención, se debe determinar el número o números de teléfono intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, así como los periodos en los que debe el juez controlar la ejecución.⁵⁶

El objetivo que se persigue con la determinación de este contenido mínimo es evitar la indefensión del sujeto al que se intervienen las comunicaciones.

Es compatible con este principio de especialidad, la posibilidad de actuar ante nuevos hechos delictivos que se conviertan en “noticia criminis” siempre que se respeten los requisitos establecidos en el artículo 579 bis LECrim.

- b) Principio de idoneidad. El principio de idoneidad determina si la medida es acertada para el fin que se pretende lograr. La autorización de la medida va a depender de que

plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

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

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

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

b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.

⁵⁵ Artículo 579.1 LECrim “El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:

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

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

3.º Delitos de terrorismo”.

⁵⁶ STC 253/2006, de 11 de septiembre de 2006, f.j. 2º.

la medida sea idónea para resolver el hecho delictivo que se investiga. También es conocido por la doctrina como “principio de adecuación”⁵⁷.

La idoneidad se analiza en dos momentos diferentes, ya que en un primer momento se analiza “ex ante”, de manera que si la intervención de las comunicaciones no es apta para el fin perseguido no se permitirá la intervención. Por otro lado, una vez realizada la intervención, el juez controla “ex post” si la intervención está siendo idónea y, si detecta que no lo está siendo deberá ordenar su finalización inmediata.⁵⁸

- c) Principio de excepcionalidad. Este principio pone de manifiesto que solo podrá adoptarse esta medida cuando no existan otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado. La intervención de las comunicaciones no es un medio normal de investigación, ya que supone afectar un derecho fundamental de la persona, por lo que debe efectuarse con carácter limitado.⁵⁹

La excepcionalidad de la medida se manifiesta en que la investigación no se puede llevar a cabo para hechos constitutivos de delitos leves.

- d) Principio de necesidad. Este principio está muy relacionado con el de excepcionalidad y al igual que en el caso del principio de idoneidad deben realizarse controles sucesivos del principio de la necesidad de la medida. La necesidad de la medida constituye, un requisito de su constitucionalidad y dicha necesidad debe ser apreciada por el juez instructor “ex ante” en función de las características del caso.⁶⁰

- e) Principio de proporcionalidad de la medida. Se debe realizar un juicio de proporcionalidad, que supone poner en relación la vulneración de los derechos afectados por la medida, con el beneficio que supone la medida para el interés público, tal y como se desprende del apartado 5 del artículo 588 bis LECrim ya mencionado.

La Fiscalía General del Estado establece que la proporcionalidad impone limitar el uso de la medida a la investigación de aquellos hechos delictivos que, por su especial gravedad, justifiquen la limitación de los derechos fundamentales.⁶¹ La

⁵⁷ MARCO URGELL, Anna. *La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia*. Universitat Autònoma de Barcelona, 2010. Pág 92.

⁵⁸ CASABIANZA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, op.cit., Pág 238-239.

⁵⁹ Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado publicado en el BOE el 11 de enero de 2013. Pág 32. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2013-00001>

⁶⁰ STS 679/2013, de 25 de septiembre de 2013, f.j.6º

⁶¹ Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas publicada en el BOE el 22 de marzo de 2019. Pág 4. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4241

proporcionalidad de la medida también obliga a que la medida se prologue únicamente por periodos de tiempo razonables.

Al igual que otros principios, el juicio de proporcionalidad también debe ser comprobado de forma puntual mientras se ejecuta la medida y si en algún momento el juez observa que la medida deja de ser proporcional, deberá poner fin a la misma de forma inmediata.

1.2.2.2 Disposiciones comunes.

El legislador procesal con la citada reforma de la LECrim en el año 2015 introdujo el capítulo IV dentro del título VIII del libro II, que contiene una serie de disposiciones comunes a las distintas medidas de investigación tecnológica que se regulan y se recogen los principios y las garantías que deben rodear la aplicación de todas ellas, sin perjuicios de las especialidades que pueda tener cada una.⁶²

- a) Jurisdiccionalidad. Para que se lleve a cabo cualquier medida de investigación de las comunicaciones es necesario que exista una autorización judicial en forma de auto motivado de forma suficiente. La medida puede ser acordada por el Juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial. En el caso de que se solicite por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, la petición debe contener una serie de aspectos que se desprenden del artículo 588.2 bis b)⁶³. El Juez de Instrucción autorizará o denegará la medida solicitada, oído el Ministerio Fiscal y dictará resolución en el plazo máximo de 24 horas desde que se presente la solicitud.⁶⁴

El auto del Juez de Instrucción deberá contener una serie de aspectos⁶⁵:

- Hecho punible que es objeto de la investigación y su calificación jurídica, así como la identidad del investigado o de otro afectado por la medida.

⁶² Las disposiciones comunes se regulan en los artículos 588 bis a) a 588 bis k). LECrim.

⁶³ Artículo 588.2 bis b) “Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener:

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

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

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

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

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

6.º La forma de ejecución de la medida.

7.º La duración de la medida que se solicita.

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

⁶⁴ Artículo 588.1 bis c) LECrim.

⁶⁵ Artículo 588.3 bis c) LECrim.

- Duración de la medida y motivación suficiente para cumplir con los principios rectores, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto.
- La unidad de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención y la forma de ejecución de esta, así como el sujeto que llevará a cabo la medida en caso de ser conocido.
- La forma y la periodicidad en la que el encargado de llevar a cabo la investigación informará al juez.

Existe una excepción en el ámbito de las comunicaciones escritas, ya que el auto solo determinará la correspondencia que debe ser registrada o los telegramas cuyas copias deban ser entregadas por medio de la designación de personas a cuyo nombre se hayan expedido.⁶⁶

- b) Duración y cese de la medida: La duración de la medida está relacionada con la proporcionalidad de la medida, ya que una medida puede dejar de cumplir con el juicio de proporcionalidad si se alarga de manera injustificada en el tiempo. Esto implica que la medida debe ceñirse al tiempo necesario para conseguir el objetivo buscado y en todo caso, sujeta a plazo para evitar la desproporción.⁶⁷

La duración de la medida será la que se especifique para cada una de ellas, pero no podrá exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.⁶⁸ El *dies a quo* para el computo del plazo es la fecha en que se produjo la autorización judicial. Las medidas podrán ser prorrogadas siempre que se mantengan las circunstancias que las motivaron y la prórroga se producirá mediante auto motivado del juez competente, que podrá ser dictado de oficio o a instancia del solicitante. La medida cesará si transcurrido el plazo no se hubiese dictado prórroga.⁶⁹

- c) Control judicial de la medida: la exigencia de jurisdiccionalidad no se agota con el acuerdo de la medida, sino que continua en su desarrollo, ya que se exige que el juez controle el desarrollo de esta. Se establece en el artículo 588 bis g) LECrim, que la Policía Judicial debe informar al juez de instrucción de los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que se hubiera acordado. El control de la medida no exige que el juez de instrucción escuche todas las grabaciones que se han efectuado, pero sí debe tratarse de un control efectivo.

⁶⁶ Artículo 583 LECrim.

⁶⁷ ASENSIO MELLADO, José María, y FUENTES SORIANO, Olga. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. Pag 236.

⁶⁸ Artículo 588 bis e) LECrim.

⁶⁹ Artículo 588 bis e) LECrim.

Los resultados que se obtienen durante la medida se tienen que incorporar al proceso. Esta incorporación al proceso se producirá en diferentes soportes, como grabaciones o transcripciones, pero se mantendrá en una pieza secreta⁷⁰ para las partes, ya que si tuviesen conocimiento de la medida esta carecería de sentido.

- d) Deber de colaboración: para la interceptación de las comunicaciones es necesario contar con la colaboración de diferentes sujetos, por lo que la ley establece el deber de colaboración de todas las empresas y sujetos que gestionan los medios tecnológicos a los que se refiera la medida acordada.⁷¹
- e) Cese de la medida y destrucción de los registros obtenidos: el cese de la medida tendrá lugar cuando desaparezcan las circunstancias que promovieron su adopción, cuando no se estén consiguiendo los resultados esperados o cuando transcurra el plazo de autorización de esta.⁷²

Una vez que cese la medida, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que pudieran constar en los sistemas informáticos utilizados en la ejecución de la medida y se conservará una copia custodiada por el Letrado de la Administración de Justicia.⁷³

2. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS.

2.1 DIFERENCIA ENTRE COMUNICACIÓN TELEFÓNICA Y TELEMÁTICA.

La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se engloban en la diligencia de investigación que limita el derecho al secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 CE. La evolución tecnológica que se ha producido en las últimas décadas, con la aparición de internet y los modernos smartphones, así como la aparición de las aplicaciones de mensajería móvil como WhatsApp o Facebook entre otros, han complicado la definición tanto de comunicación telefónica, como de comunicación telemática.

Según la RAE⁷⁴ telemático es la aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada.

⁷⁰ Artículo 588 bis d) LECrim.

⁷¹ Artículo 588 ter e) LECrim.

⁷² Artículo 588 bis j) LECrim.

⁷³ Artículo 588 bis k) LECrim.

⁷⁴ Real Academia de la Lengua española. <https://dle.rae.es/telem%C3%A1tico>

Por otro lado, el término telefónico lo define como perteneciente o relativo al teléfono o a la telefonía. Acudiendo a la definición de teléfono, nos encontramos con un conjunto de aparatos e hilos conductores con los cuales se transmite a distancia la palabra y toda clase de sonidos por la acción de la electricidad.⁷⁵

Teniendo en cuenta ambas definiciones, en mi opinión las comunicaciones telemáticas serían una categoría, mientras que las comunicaciones telefónicas son un tipo cuando se utilizan “hilos conductores”. Por hilos conductores se debe entender la telefonía fija, por lo que hoy en día prácticamente no existirían comunicaciones telefónicas y la práctica total de las intervenciones se deberían catalogar por telemáticas, debido al uso masivo de los teléfonos móviles.

Una llamada que se realiza mediante la red sería una comunicación telefónica, mientras que una llamada que se realizase mediante WhatsApp o aplicaciones similares sería una comunicación telemática. En cuanto a los mensajes de texto, los residuales en la actualidad SMS serían telefónicos, mientras que los mensajes instantáneos de aplicaciones como WhatsApp o Telegram serían telemáticos. Por tanto, aunque se opere mediante un teléfono móvil, no todas las operaciones realizadas mediante este medio van a ser consideradas telefónicas.⁷⁶

Sin embargo, el criterio seguido por la Fiscalía en la Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas⁷⁷ es algo distinto, ya que define las comunicaciones telemáticas como aquellas que emplean la informática para la transmisión de información. No obstante, matiza esta definición, ya que entiende que en la actualidad todas las comunicaciones telefónicas utilizan sistemas informáticos, por lo que alude al medio empleado para llevar a cabo la comunicación. Por tanto, serán comunicaciones telefónicas si se emplea un teléfono para generar el mensaje, mientras que serán telemáticas cuando se utilice un sistema informático.

En cualquier caso, esta discusión de carácter conceptual no tiene consecuencias en la práctica en España, ya que el régimen de las comunicaciones telefónicas y telemáticas es el mismo. El legislador no ha buscado una diferenciación, sino que ha pretendido tener una

⁷⁵Real Academia de la lengua española. <https://dle.rae.es/telefonico> y <https://dle.rae.es/telefono>

⁷⁶ VARONA JIMÉNEZ, Alberto. “Aspectos relevantes de la interceptación de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal español”. *Ins Inkarri. Revista de la facultad de derecho y ciencia política* (nº9, 2020). Pag 162.

⁷⁷ Circular 2/2019, de 6 de marzo de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. Pág 4.

visión amplia, que permita entender comprendidos otros sistemas de comunicación que puedan ser utilizados en el futuro.⁷⁸

2.1.1. Supuestos no comprendidos en la protección del artículo 18.3 CE.

Como hemos mencionado, el régimen de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas es idéntico, pero es importante antes de analizar su régimen, saber que existen una serie de supuestos que no se encuentran protegidos por el artículo 18.3 CE, a pesar de que se utilice un teléfono móvil o un ordenador.

El primero de estos supuestos son las conversaciones grabadas o difundidas por uno de los interlocutores. A este supuesto ya hizo referencia la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que en su fundamento jurídico séptimo señaló “no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo también se ha manifestado en numerosas ocasiones, destacando la STS 214/2018, de 8 de mayo, donde en su fundamento jurídico segundo manifiesta que la grabación por uno de los interlocutores no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE. El Tribunal señala que no estamos en el ámbito del artículo 18.3 CE, aunque indica que podríamos encontrarnos en el ámbito del derecho a la intimidad en supuestos donde lo que se desvela son contenidos que afectan al núcleo personal o familiar de uno de los interlocutores.

Por último, este tipo de situaciones en el ámbito particular no vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Cuestión diferente es, como señala la STS 298/2013, de 13 de marzo, que lo que hubiese ocurrido fuera que, desde una posición de superioridad institucional, como es el caso de los agentes de la autoridad se hubiese pretendido una confesión extraprocesal mediante engaño. En este caso nos encontraríamos ante una vulneración del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

El segundo supuesto incluye aquellas comunicaciones que se transmiten mediante medios de difusión pública y, por tanto, pueden ser libremente interceptadas por terceros. Consecuencia de que pueden ser captadas libremente por terceros, es que no vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones. También se encuentran incluidas en este supuesto las conversaciones radiotelegráficas en frecuencia de uso público, ya que por su carácter de público pueden ser conocidas por cualquiera.⁷⁹

⁷⁸ SANTOS MARTINEZ, Albert. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, op.cit., Pág 123.

⁷⁹ LÓPEZ FERIA, Alfonso. “Nuevas Tecnologías e Interceptación de las Comunicaciones Telefónicas y Telemáticas”. *Revista Española de Derecho Militar*, N.º 111-112 (enero-diciembre 2019). Pág 218.

El tercer supuesto se refiere a la visualización de los datos que se contienen en la agenda de contactos de un teléfono móvil. La STC 115/2013, de 9 de mayo, concluyó que el registro o la observación de la agenda de contactos no vulneraba el derecho al secreto de las comunicaciones, sino que suponía una afectación al derecho a la intimidad. El Tribunal entendió que solo se accedía a un listado de números de teléfono, como si se accediese a una agenda en soporte papel.⁸⁰ Cuestión diferente sería el acceso por parte del Tribunal a otras funciones que pudiesen desvelar procesos comunicativos, como sería el caso de acceso al registro de llamadas.

2.2. PRESUPUESTOS PARA SU ADOPCIÓN

2.2.1. Art 588 Ter a LECRIM

El principio de proporcionalidad limita la medida de investigación a hechos que, por su especial gravedad, justifican la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. El artículo 588 ter a LECrim, dispone que “la autorización para la interceptación de las comunicaciones podrá ser concedida en los delitos a los que se refiere el artículo 579.1 LECrim, o en caso de delitos cometidos mediante instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de la comunicación”.⁸¹

Acudiendo al artículo 579.1 LECrim⁸² y añadiendo la matización del artículo 588 ter a) LECrim, los delitos que se incluyen son:

1. Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
2. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
3. Delitos de terrorismo.
4. Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

⁸⁰ RODRIGUEZ DUARTE, Luis. “Aval del Tribunal Supremo al acceso al registro de llamadas del teléfono móvil de un detenido sin autorización judicial. Consideraciones sobre su aplicabilidad al teléfono inteligente” *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*. Número 5 (abril-junio 2020). Pág 4.

⁸² Artículo 579.1 LECrim “El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3.º Delitos de terrorismo”.

Antes de esta disposición, no existía en el ordenamiento procesal penal español esta delimitación, lo que provocó críticas por parte del TEDH⁸³. La doctrina⁸⁴ ya llevaba tiempo planteando que esta medida solo tenía cabida en el caso de delitos graves, ya que la vulneración de derechos fundamentales para la investigación de delitos leves sería desproporcionada.⁸⁵

Sin embargo, el concepto de delito grave era muy genérico y no servía para cumplir con las exigencias de la calidad de ley, que requería el TEDH. Si nos remitimos al Código Penal, la especificación de los delitos graves se realiza en los artículos 13.1⁸⁶ y 33 CP⁸⁷. Esta interpretación de remisión al Código Penal fue rechazada de forma rotunda tanto por parte de la doctrina⁸⁸, como por la Fiscalía General del Estado⁸⁹. La conclusión que observamos es que no solo debe tenerse en cuenta la gravedad de la pena, sino que debe tenerse en cuenta su repercusión social.

El ATS de 18 de junio de 1992 consideró de suficiente gravedad los delitos cometidos por cargos públicos, por el deterioro social que provoca la falta de confianza de los electores, o el caso del delito de blanqueo de capitales, que también es susceptible de ser investigado por este medio con independencia de la gravedad de la pena.⁹⁰

Pero la reforma de la LO 13/2015 llenó este vacío legislativo y mencionó de manera concreta los delitos sobre los que podía recaer este modo de investigación. El artículo 579.1 LECrim establece un marco legal mínimo para proceder a la interceptación de las comunicaciones, pero ese marco legal mínimo debe completarse con el respeto a los

⁸³ STEDH 27671/95, Caso Valenzuela Contreras contra España y STEDH 58496/00, Caso Prado Bugallo contra España.

⁸⁴ MARTÍN MORÁLES, Ricardo, “El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones”. Madrid: Civitas, 1995. Pág 12.

⁸⁵ CASABIANCA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, op.cit., pág 233.

⁸⁶ Artículo 13.1 CP “Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave”

⁸⁷ Artículo 33 CP “Son penas graves:

- a) La prisión permanente revisable.
- b) La prisión superior a cinco años.
- c) La inhabilitación absoluta.
- d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.
- e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.
- f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.
- g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.
- h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.
- i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- k) La privación de la patria potestad.”

⁸⁸ MARTÍN MORÁLES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., Pág 148.

⁸⁹ Circular 1/2013, de la Fiscalía General del Estado sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas publicada en el BOE el 11 de enero de 2013. Pág 30.

⁹⁰ ATS 3773/1992, de 18 de junio de 1992, f.j.4º.

principios de especialidad, de idoneidad, de excepcionalidad, de necesidad y de proporcionalidad.⁹¹

El primer supuesto relativo a delitos dolosos excluye la intervención telefónica o telemática para la investigación de delitos cometidos de forma imprudente, aunque estos delitos pudieran superar la pena de tres años que se establece como límite mínimo. La pena que se debe tener en cuenta es la pena máxima en abstracto, por lo que no se podrán tener en cuenta posibles circunstancias que posteriormente modifiquen la pena establecida, pudiendo ser inferior a los tres años.

El segundo supuesto trata el caso de los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. Este supuesto no contempla un límite de pena específico como el caso anterior, por lo que se deberá realizar un juicio de proporcionalidad. Este criterio ya fue señalado por la jurisprudencia constitucional⁹² al manifestar que la gravedad de los hechos no se determina únicamente por la gravedad de la pena, sino que debe tenerse en cuenta la relevancia social de la actividad.

Otra matización que se debe tener en cuenta, es que se investigan delitos que se cometen dentro de la organización o grupo criminal, pero no se investiga el propio delito de organización que se contiene en el artículo 570 bis CP⁹³ o grupo criminal, recogido en el artículo 570 ter CP.⁹⁴ Esta matización tiene importancia, ya que hay supuestos de pertenencia a organización o grupo criminal, que están castigados con penas inferiores a los tres años, por lo que solo podrán ser investigados como conexos a otros delitos, que tengan una pena superior a los tres años.

Respecto a los delitos cometidos mediante instrumentos informáticos o cualquier tecnología análoga, su inclusión en el artículo 579.1 LECrim no reside en una especial gravedad para la sociedad, sino que se incluyen porque para la investigación de este tipo de delitos, es necesario por la propia naturaleza de los mismos, la intervención de las comunicaciones.

⁹¹ LOPEZ FERIA, Alfonso. “Nuevas Tecnologías e Interceptación de las Comunicaciones Telefónicas y Telemáticas”, op.cit., Pág 223-224.

⁹² STC 14/2001, de 29 de enero de 2001, f.j.3°. Señalado en otras como la STC 82/2002, de 22 de abril de 2002, f.j.4° o la STC 299/2000, de 11 de diciembre de 2001, f.j.2°.

⁹³ “A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.”

⁹⁴ “A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.”

2.2.2. Juicio de proporcionalidad en delitos leves

Especial trascendencia tiene el principio de proporcionalidad en el caso de los delitos leves. Se debe entender, por tanto, con carácter general que no será posible recurrir a la medida de investigación tecnológica cuando se esté persiguiendo delitos leves, aunque estos delitos leves hubiesen sido cometidos dentro de una organización o de un grupo criminal o, que estos delitos hubieran sido cometidos mediante instrumentos informáticos. A esta conclusión se llega por aplicación del principio de proporcionalidad y es que la gravedad de estos hechos no es suficiente para permitir una injerencia tan grande en los derechos fundamentales de los investigados, por lo que no se supera el juicio de proporcionalidad.⁹⁵

En el caso de los delitos leves, no se cumple con la gravedad del hecho medido desde el punto de vista objetivo de la pena, pero teniendo en cuenta otra serie de circunstancias se podría llegar a considerar que el hecho tiene la importancia necesaria como para permitir la aplicación de una medida de investigación tecnológica, que limite los derechos fundamentales del investigado.

El primero de estos elementos sería la trascendencia social del hecho o el ámbito tecnológico en el cual se ha producido. Un hecho que afecta a un número muy elevado de personas tiene un mayor interés público, que un hecho que afecta a un número más limitado de personas. Por otro lado, un hecho que se ha producido a través de redes sociales de uso masivo (Instagram, Facebook o Twitter) va a tener una mayor relevancia social, que aquel que se ha producido sobre un sistema informático privado.⁹⁶

2.2.3. Delitos Conexos

Los delitos conexos son aquellos delitos que se oponen al principio general de que cada delito dará lugar a la formación de una única causa. Los delitos conexos son investigados y enjuiciados en la misma causa, cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.⁹⁷ Según el artículo 17.2 LECrim se consideraran delitos conexos:

- Los cometidos por dos o más personas reunidas.
- Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera
- precedido concierto para ello.

⁹⁵ Circular 2/2019, de 6 de marzo de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. Pág. 4-5.

⁹⁶ SANTOS MARTÍNEZ, Albert. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, op.cit., Pág 50.

⁹⁷ Artículo 17.1 LECrim.

- Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
- Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
- Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.
- Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

Por tanto, se pueden dar supuestos problemáticos por delitos conexos que por sí solos no permitirían la utilización de la medida, por no cumplir con los requisitos del artículo 579.1 LECrim. El régimen que se aplica en estos supuestos es el del hallazgo causal, según el cual la medida estará justificada mientras tenga su base en el delito principal. En ningún caso se podrá imponer la medida, ni su prorroga, con base en el delito conexo en caso de desaparecer el delito principal que la habilitó.⁹⁸

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA

2.3.1. Ámbito de aplicación objetivo

El ámbito objetivo de la intervención de las comunicaciones se recoge en el artículo 588 ter b) LECrim. En el primero de los apartados, se menciona que los terminales o medios de comunicación, que van a ser objeto de intervención son aquellos habitualmente utilizados por el investigado, pero se extiende en el apartado segundo a los datos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, incluso a los que se puedan producir con independencia del establecimiento.

Por tanto, el juez que autorice el acceso al contenido de las comunicaciones puede también autorizar el acceso a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento. Debe ser el juez el que atendiendo a la gravedad del hecho objeto de investigación y a las circunstancias concurrentes, determine el alcance de la medida. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida.⁹⁹

⁹⁸ Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. Pág 5.

⁹⁹ Preámbulo LO 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal. “Se pretende con ello que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar, a la luz de aquellos principios, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige, además, la interceptación de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional”.

El concepto de datos de tráfico o asociados se define en la propia LECrim, que entiende por datos de tráfico o asociados, todos aquellos que se generen como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga.¹⁰⁰

La solicitud de autorización judicial presentada por el Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial debe contener, de modo específico, la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica; la identificación de la conexión objeto de la intervención; o los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.¹⁰¹ Además, para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial, podrá tener por objeto alguno de los extremos mencionados en el apartado 2 del artículo 588 ter d) LECrim¹⁰².

Estos datos asociados que pueden estar contenidos en la solicitud de autorización judicial, ya habían sido mencionados por el artículo 90 Real Decreto 424/2005¹⁰³, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante RLGT).¹⁰⁴ No obstante a diferencia de lo indicado en el artículo 90 RLGT, la LECrim no obliga a que la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal, mencionen los datos asociados en la solicitud de autorización judicial, ya que lo que pretende la LECrim es que en la solicitud de autorización se expliquen los indicios racionales de la presunta comisión del

¹⁰⁰ Artículo 588 ter b.2. LECrim.

¹⁰¹ Artículo 588 ter d.1 LECrim.

¹⁰² “Para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos:

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

¹⁰³ Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios publicado en el BOE el 29 de abril de 2005. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-6970>

¹⁰⁴ “La interceptación se llevará a efecto si en la orden de interceptación legal se incluye, al menos, uno de los datos siguientes:

- a) La identificación del abonado o usuario sujeto a la interceptación.
- b) La ubicación donde se encuentre un punto de terminación de red al que el operador da servicio. c) Un identificador de punto de terminación de red (dirección), o de terminal, al que el proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas da servicio.
- d) El código de identificación en caso de que sea el usuario el que active el terminal para la comunicación.
- e) Cualquier otra identidad -en la acepción definida en el artículo 84.i)- que corresponda al sujeto especificado en la orden de interceptación legal.”

delito, que hará decidir al juez sobre si la medida de investigación de las comunicaciones es o no necesaria.¹⁰⁵

El juez debe verificar que existen indicios que pueden ser observados por un tercero, por lo que no bastan afirmaciones de sospecha llevadas a cabo por la policía. Es el órgano jurisdiccional y solo él, quien debe valorar la gravedad y naturaleza de los hechos que se están investigando para autorizar una injerencia en los derechos fundamentales del investigado.¹⁰⁶

A pesar de esta exigencia, el Tribunal Supremo¹⁰⁷ ha señalado que no es necesaria una investigación exhaustiva, ni es necesario que se compruebe con carácter previo cada dato que haya sido remitido por la policía, ya que sería una carga desproporcionada. Por tanto, ni está permitido que el juez se fie sin más de los datos ofrecidos por la policía, ni es necesario que el juez investigue para tener una certeza de los indicios, ya que para la certeza de los indicios habría que esperar al juicio oral y no hay que olvidar que estamos ante una medida de investigación.

2.3.2. Ámbito de aplicación subjetivo

Los artículos 588 ter b) y 588 ter c) LECrim delimitan subjetivamente la medida de investigación de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. En la mayoría de los casos, el terminal o medio de comunicación que se va a intervenir es el utilizado habitualmente por el investigado, pero existen una serie de excepciones.

La primera excepción incluye aquellas estrategias que el investigado haya podido utilizar, como la utilización de medios ajenos, o poner a nombre de terceros los medios de comunicación que normalmente utilice. En este caso, se está afectando el derecho fundamental del investigado, aunque utilice estrategias para que los medios o terminales estén a nombre de terceros.

La segunda excepción es la intervención de comunicaciones de terceros que son ajenos a la investigación y destaca la intervención de los terminales de la víctima del delito. En este caso a diferencia del anterior, se afecta el derecho fundamental de un tercero, por lo que habrá que atender a una serie de disposiciones específicas.

¹⁰⁵ ZOCO ZABALA, Cristina. *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones: 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*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2015. Pag 179.

¹⁰⁶ ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio, ARMANDO BERMÚDEZ, Jorge y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo. *Investigación tecnológica y derechos fundamentales: comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*. (1ª edición.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017. Pag 173-174.

¹⁰⁷ STS 40/2017, de 31 de enero de 2017, f.j.1º.

2.3.2.1. Utilización por el investigado de terminales o medios de comunicación de titularidad ajena.

No debemos sorprendernos ni cuestionar la legalidad de un acto jurisdiccional de injerencia sobre un terminal o medio de comunicación que no pertenece al propio investigado, sino que es titularidad de un tercero. No obstante, la jurisprudencia manifiesta el deber de una mayor motivación, a la hora de ponderar los principios de proporcionalidad, necesidad y especialidad.¹⁰⁸ Por tanto, lo fundamental para que la medida de investigación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas sea legítima no es la relación de titularidad sobre el terminal o medio de comunicación del investigado, sino su relación como usuario, aunque sea ocasional.

La diferenciación entre el titular o abonado y el usuario de los servicios de telefonía aparece recogida en el artículo 38.4 de la Ley 32/2003¹⁰⁹, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones,¹¹⁰ donde se establece un régimen específico a los usuarios que no sean abonados.

La extensión de la medida a medios ajenos que sean utilizados por el investigado es necesaria, dado que, en la mayor parte de las ocasiones, el investigado utilizará medios que no estén a su nombre, con el objetivo de evitar el control judicial, pero no se debe olvidar que esta medida va a requerir una motivación mayor. Serán necesarios unos mayores indicios que relacionen al investigado con el medio de comunicación que se busca intervenir.

Otra cuestión que debe plantearse es la relacionada con la intervención de las comunicaciones en las que el investigado aparece como receptor, con el objetivo de analizar si se puede limitar el derecho fundamental del emisor que no está investigado. La jurisprudencia acoge la expresión “de arrastre” para justificar que siempre que se acuerda una intervención telefónica se analizan todas las conversaciones que tienen lugar con el teléfono intervenido, ya sean entrantes o salientes, por lo que no se viola ni el derecho al secreto de las comunicaciones, ni el derecho a la intimidad de los terceros. No obstante, la jurisprudencia también señala que la buena praxis obliga a recoger solo lo relevante para la investigación y ocultar el resto del contenido, para evitar posibles vulneraciones del derecho a la intimidad del tercero.¹¹¹

¹⁰⁸ STS 474/2012, de 6 de junio de 2012, f.j.2b.

¹⁰⁹ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones publicada en el BOE el 4 de noviembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-20253>

¹¹⁰ Artículo 38.4 Ley 32/2003 “Los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas que no tengan la condición de abonados tendrán asimismo los derechos reconocidos en los párrafos a), b), d) y en el primer inciso del párrafo f) del apartado anterior”

¹¹¹ STS 419/2013, de 14 de mayo de 2013, f.j.1º. STS 1001/2005, de 19 de julio de 2005, f.j.1º.

2.3.2.2. Intervención de terminales o medios de comunicación de la víctima.

La posibilidad de intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima se recoge en el artículo 588 ter b.2 LECrim, pero solo será posible si existe un previsible riesgo para la vida o integridad de la víctima. Lógicamente la aplicación de este precepto es a efectos penales, por lo que no es posible su aplicación a situaciones no delictivas, ni es posible su aplicación a situaciones delictivas pero que no comprometan gravemente su vida o su integridad. En este tipo de situaciones habrá que atender a otras medidas más proporcionales.

La regulación está pensada para supuestos en los que la víctima, no pueda prestar su consentimiento a la intervención de sus comunicaciones, como podría ser el caso de una desaparición, pero nada impide que sea la víctima, la que preste su consentimiento en las situaciones en que pueda prestarlo y que sean peligrosas para su vida o integridad.

La intervención de las comunicaciones que se lleve a cabo sin el consentimiento de la víctima va a requerir una motivación muy estricta y para cumplir con el principio de proporcionalidad, tendrá que basarse en un delito grave y además contar con indicios suficientes de que la víctima corre un grave peligro.

El consentimiento de la víctima otorga al juez una legitimación para la intervención, que deberá manifestarse en el correspondiente auto que habilite la medida, pero en todo caso el juez deberá respetar las exigencias legales y prestar atención a los requisitos del artículo 588 ter a), ya que se debe cumplir con el ámbito objetivo de la medida.

2.3.2.3. Intervención de terminales o medios de comunicación de terceras personas.

Estamos en un supuesto diferente al de la intervención de terminales o medios de comunicación de titularidad ajena que eran utilizados por el investigado, ya que en este supuesto el tercero es el verdadero titular. Hay que recordar que, en el primer supuesto, el tercero era un titular ficticio. Los supuestos en los que se podrá llevar a cabo esta intervención son: que el investigado se sirva de los terminales o medios de comunicación para transmitir o recibir información, que el tercero colabore con el investigado para la consecución de sus objetivos ilícitos o que se beneficie de la actividad ilícita del investigado.¹¹²

¹¹²Artículo 588 ter c) LECrim “Podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que:
1.º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o
2.º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.

La jurisprudencia se ha mostrado favorable a esta intervención del teléfono de un tercero cuando se tengan sospechas fundadas de que está siendo utilizado para fines cercanos al hecho delictivo y que, por tanto, tiene intereses para la investigación.¹¹³ No obstante, debe darse un extra de motivación dado que se está afectando el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones a terceros que en principio no están directamente investigados.¹¹⁴

La interpretación del precepto permite que se investiguen tanto las comunicaciones emitidas, como las recibidas. No obstante, no se debe olvidar que la participación del tercero no puede ser suficiente para ser investigado como cómplice o cooperador necesario, ya que, si llegase a entrar en estas categorías, se podrían intervenir sus comunicaciones por su propia actividad delictiva. La complicidad se distingue de la cooperación necesaria en su carácter secundario y es que, a pesar de la ausencia del cómplice, se podría haber llevado a cabo el hecho delictivo.¹¹⁵

Estamos, por tanto, en un campo intermedio, en donde existen dudas de hasta dónde llega la participación del tercero o la voluntariedad de este, como podría ser el caso de familiares cercanos.

Por último, el artículo 588 ter c) LECrim se refiere al uso malicioso del dispositivo por parte de terceros. En este supuesto podemos encontrarnos multitud de casos, especialmente con el auge de las nuevas tecnologías, por lo que podemos referirnos a cualquier uso no consentido o a la utilización de cualquier tipo de malware¹¹⁶ para disponer de dispositivos ajenos y poder utilizar estos a su favor. Este inciso menciona solo las comunicaciones telemáticas, ya que el legislador está pensando que este tipo de malware son utilizados de manera habitual sobre los ordenadores, pero en los últimos años con el auge de los teléfonos móviles queda insuficiente esta mención únicamente a las comunicaciones telemáticas, ya que es perfectamente posible la introducción de malware en los teléfonos móviles y, por tanto, el legislador debería referirse también a las comunicaciones telefónicas.

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

¹¹³ STS 960/1999, de 15 de junio de 1999, f.j.2º o STS 818/2011, de 21 de julio de 2011, f.j.2º.

¹¹⁴ Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. Pág 30.

¹¹⁵ Artículo 28 CP “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

Artículo 29 CP “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.”

¹¹⁶ Malware es un término genérico que se utiliza para describir una gran variedad de software que resultan intrusivos como virus informáticos. (Fuente: Oracle).

La Fiscalía no obstante ha señalado que no se da un problema interpretativo por el supuesto general “terminales o medios de comunicación habitual”.¹¹⁷

2.4. INCORPORACIÓN AL PROCESO DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS.

Para distinguir entre datos de tráfico y datos asociados, utilizaremos el Convenio sobre ciberdelincuencia de Budapest de 23 de noviembre del 2001¹¹⁸. En el artículo 1.d se establece que “por datos de tráfico se entenderá cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente”.

Al margen de las condiciones en las que deben conservarse los datos de las comunicaciones telefónicas o telemáticas, debemos referirnos a los requisitos y las garantías que debe cumplir dicha información para que pueda ser incorporada al proceso y, por tanto, ser utilizada como medio de prueba. Es una cuestión que ha variado en los últimos tiempos, ya que hasta la reforma de la LECrim por la LO 13/2015, de 5 de diciembre solo se regulaba en la Ley 25/2007¹¹⁹, de 18 de octubre. Actualmente, por tanto, la regulación se encuentra en el artículo 588 ter j) LECrim.¹²⁰

Es importante la matización que realiza el precepto, al señalar que la exigencia de autorización judicial para la cesión de estos datos se refiere “exclusivamente a los datos que se encuentren vinculados a procesos de comunicación”, por lo que se está refiriendo a los datos de tráfico en sentido estricto. Por tanto, la información sobre abonados se puede

¹¹⁷ Circular 2/2019, de 6 de marzo de 2019, de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. Pág 11.

¹¹⁸ Convenio sobre ciberdelincuencia de Budapest de 23 de noviembre de 2001, publicado en el BOE el 17 de septiembre de 2010. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221

¹¹⁹ Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones publicada en el BOE el 19 de octubre de 2007. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-18243>

¹²⁰ Artículo 588 ter j) LECrim “1. Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

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

obtener por el Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial, ya que no estamos ante datos de tráfico en sentido estricto, tal y como se dispone en el artículo 588 ter m) LECrim¹²¹.

En lo relativo a la cesión de los datos, nos podemos encontrar con datos conservados por propia iniciativa o por motivos comerciales y aquellos que son conservados como consecuencia de la imposición legislativa. La imposición legislativa se recoge en el artículo 3 de la ley 25/2007 y en el artículo 39 Ley General de Telecomunicaciones¹²², que se encargan de enumerar los datos que están obligados a conservar los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas o exploten redes públicas de comunicación. También se deben incluir en este grupo aquellos datos que deben conservarse por la solicitud del Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial. En este caso se trataría de una medida cautelar en un proceso concreto, para evitar la destrucción o desaparición de los datos.

Por otro lado, también se pueden incluir datos que cualquier persona haya conservado por propia iniciativa, sin ningún tipo de sujeción a ninguna obligación legal. Entre los motivos de esta conservación, los más habituales serán los motivos comerciales o de facturación. Se pueden incluir motivos de otra índole, pero deberán de estar suficientemente justificados, porque tal y como establece el artículo 6.1 de la Directiva 2002/58/CE, los datos de tráfico deberán eliminarse o hacerse anónimos, cuando ya no sea necesario a los efectos de la transmisión de una comunicación¹²³.

Por tanto, para incorporar estos datos al proceso, será necesaria la autorización judicial, como así se desprende del artículo 588 ter j) LECrim en coordinación con el artículo 6 de la ley 25/2007.¹²⁴ Esta autorización por parte del juez, está sometida a todos los principios que han sido analizados en el presente trabajo, así como será necesaria la motivación de la autorización. El juez de instrucción deberá valorar en cada caso el alcance de la solicitud, los datos que pretenden ser utilizados como medio de prueba, así como la utilidad que estos datos tienen con el hecho delictivo. En definitiva, el juez de instrucción deberá velar por la

¹²¹ ZARAGOZA TEJADA, Javier, ARMANDO BERMÚDEZ, Jorge y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo. *Investigación tecnológica y derechos fundamentales: comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*, op.cit., Pág 113-114.

¹²² Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones publicada en el BOE el 10 de mayo de 2014. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-4950>

¹²³ Artículo 6 Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 5 del presente artículo y en el apartado 1 del artículo 15, los datos de tráfico relacionados con abonados y usuarios que sean tratados y almacenados por el proveedor de una red pública de comunicaciones o de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público deberán eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no sea necesario a los efectos de la transmisión de una comunicación”. Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 31 de julio de 2002. <https://www.boe.es/boe/2002/201/L00037-00047.pdf>

¹²⁴ Artículo 6 ley 25/2007 “Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial.”

aplicación del principio de proporcionalidad.¹²⁵ Para valorar la proporcionalidad de la medida, es de suma importancia tal y como manifestó el TJUE¹²⁶ la gravedad del delito que se está investigando, pero el TJUE lógicamente no dice nada respecto a qué gravedad debe entenderse, ya que esto se alejaría del ámbito de sus competencias.

El concepto “delito grave” ha traído numerosos problemas en la práctica, como se analizó en apartados precedentes, por lo que no debemos entender delito grave por remisión a los artículos 13 y 33 CP. Como vimos, el concepto de delito grave no debe basarse de manera exclusiva en la pena, sino que se debe atender a la relevancia social del hecho delictivo. Por tanto, la cuestión debe ser reconducida al artículo 588 ter a) LECrim ya analizado.

2.5. ACCESO A LOS DATOS NECESARIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE USUARIOS, TERMINALES Y DISPOSITIVOS DE CONECTIVIDAD.

El acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad se regula en los artículos 588 ter k) a 588 ter m) LECrim. A la identificación mediante número IP se destina el artículo 588 ter k), a la identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes el artículo 588 ter l) y por último el artículo 588 ter m), regula la identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad.

2.5.1. Identificación mediante IP.

Cuando se comete un delito a través de la red, es fundamental en la mayor parte de los casos la identificación de la dirección IP¹²⁷ desde la que se cometió el hecho delictivo. Una vez que se conoce la dirección IP es posible identificar el número de abonado y, por tanto, facilita la investigación del hecho delictivo. No obstante, este procedimiento no es tan sencillo en la práctica, por el auge de los malware que complican la identificación. También se plantean problemas en la práctica cuando la actividad delictiva se lleva a cabo utilizando redes wifi ajenas o cuando los equipos están ubicados en lugares abiertos al público y pueden estar siendo utilizados por un gran número de individuos.

¹²⁵ Vid jurisprudencia STS 400/2017, de 1 de junio de 2017, f.j.2º o STS 730/2012, de 26 de septiembre de 2012 o STS 751/2012, de 28 de septiembre de 2012.

¹²⁶ STEDH 27671/95, Caso Valenzuela Contreras contra España planteamiento 46.

¹²⁷ El Internet Protocol identifica a los ordenadores, es una etiqueta numérica que identifica a una interfaz o elemento de comunicación o conexión de una red que utiliza el protocolo IP. (Fuente: xataka.com).

Por tanto, en la investigación se nos plantean dos problemas. El primer problema será la identificación de la dirección IP y el segundo problema será una vez conocida la dirección IP, averiguar la identidad del abonado. Para la identificación de la dirección IP utilizada se puede optar por solicitar a las entidades prestadoras de servicio que faciliten dicha información o bien puede ser obtenida por las labores de investigación realizadas por la Policía Judicial.¹²⁸

Debe plantearse en que supuestos es necesaria la autorización judicial para llevar a cabo estas medidas de identificación de direcciones IP y de identificación de abonados a estas direcciones IP. La jurisprudencia¹²⁹ ha manifestado que la obtención de direcciones IP por rastreos que se realizan en redes sociales, foros abiertos o redes P2P¹³⁰ es perfectamente válido sin autorización judicial, ya que no se está vulnerando ningún derecho fundamental.

La circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado seguía este principio, afirmando que no se precisa autorización judicial para lo que es público. Por tanto, si la dirección IP se obtiene por rastreos de la policía, no se necesita autorización judicial, ya que no se vulnera ni el derecho a la intimidad, ni el derecho al secreto de las comunicaciones y porque la IP se convierte en un dato público, como consecuencia de la utilización por el usuario de una determinada página web¹³¹.

Sería desproporcionado exigir autorización judicial, ya que esta dirección IP es un dato público que cualquier individuo con un conocimiento medio de informática podría obtener. Por tanto, la manifestación que actualmente aparece en el artículo 588 ter k) LECrim¹³², ya era la manifestación mayoritaria entre la doctrina y la jurisprudencia española.

Cuestión distinta es cuando la policía no es capaz mediante rastreos de averiguar la dirección IP y debe solicitar dicha información a las compañías prestadoras del servicio.

¹²⁸ ZARAGOZA TEJADA, Javier, ARMANDO BERMÚDEZ, Jorge y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo. *Investigación tecnológica y derechos fundamentales: comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*, op.cit., Pág 359-361.

¹²⁹ STS 236/2008, de 9 de mayo de 2008, STS 292/2008, de 28 de mayo de 2008 o STS 776/2008, de 18 de noviembre de 2008.

¹³⁰ Las redes P2P o peer-to-peer son un tipo de redes descentralizadas. Son redes que están formadas por miles o millones de ordenadores que funcionan bajo un mismo protocolo de comunicaciones. El objetivo es crear una enorme red para compartir información. (Fuente: Academybit2me).

¹³¹ ZARAGOZA TEJADA, Javier, ARMANDO BERMÚDEZ, Jorge y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo. *Investigación tecnológica y derechos fundamentales: comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*, op.cit., Pág 364.

¹³² Artículo 588 ter k) LECrim “Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso”.

Antes de la reforma del año 2015 existían más dudas respecto a esta cuestión, ya que se solucionaba acudiendo al artículo 6.1 de la ley 25/2007, de 18 de octubre¹³³, pero existían dudas respecto a que ocurría con los prestadores de servicios de la información, como son las redes sociales. Actualmente, con la modificación por la LO 13/2015, de 5 de octubre esta cuestión se regula en el artículo 588 ter j) LECrim¹³⁴.

En este precepto no hay duda de que es necesario el control judicial, para garantizar la menor intrusión en los derechos fundamentales a la intimidad, secreto a las comunicaciones y a la protección de datos personales. Nuevamente aquí entendemos resuelta la cuestión en cuanto al concepto de delito grave que planteó problemas en la aplicación de la ley 25/2007. Con la reforma por la LO 13/2015 entendemos superado el debate, dado que, por su ubicación sistemática, le va a ser de aplicación el artículo 588 ter a) LECrim.

Una vez que ha sido obtenida la dirección IP mediante rastreo policial sin autorización judicial o mediante autorización judicial si se ha requerido a los prestadores de servicio, se debe pasar a la fase de identificar al individuo que está detrás de la IP obtenida.

La necesidad de autorización judicial para la identificación ya está presente en el régimen anterior a la modificación del año 2015, con la aplicación de la ley 25/2007. Con la reforma del año 2015, se incluye en los artículos 588 ter k) y 588 ter j) LECrim. Por tanto, será necesaria la autorización judicial para la identificación del abonado.

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

Se refiere a este supuesto el artículo 588 ter l) LECrim,¹³⁵ en el cual se alude a una serie de conceptos que deben ser aclarados. Los smartphones están integrados por dos

¹³³ Artículo 6.1 ley 25/2007, de 18 de octubre “Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial.”

¹³⁴ Artículo 588 ter j) LECrim “Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial”.

¹³⁵ Artículo 588 ter l) LECrim “1. Siempre que en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y este resulte indispensable a los fines de la investigación, los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones.

2. Una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, los agentes de la Policía Judicial podrán solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el artículo 588 ter d. La solicitud habrá de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la utilización de los artificios a que se refiere el apartado anterior. El tribunal dictará resolución

elementos: por un lado, el terminal físico propiamente dicho (ME) que se identifica por un número IMEI¹³⁶ y por otro lado la tarjeta SIM, que incorpora un número IMSI¹³⁷. Por tanto, son datos que pueden resultar muy valiosos en el caso de investigar hechos delictivos y para los cuales se debe analizar la necesidad o no, de autorización judicial.

Al igual que en el caso anterior de la IP, se pueden diferenciar dos momentos: un primer momento sería la obtención del IMEI o del IMSI mediante escáneres u otro tipo de artificios por parte de la policía. Este método ha sido aceptado por la jurisprudencia¹³⁸ que lo ha calificado como una medida de investigación que no necesita resolución judicial que la habilite con carácter previo.¹³⁹ El fundamento es que la obtención de estos datos no permite la identificación de ninguna persona, ya que será un trámite posterior, lo que hará posible identificar una persona en concreto. Por tanto, para este segundo momento de identificación concreta, sí que va a ser necesaria la intervención judicial. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia destacando la STS 249/2008, de 20 de mayo y así se recogía ya en la circular de la Fiscalía del año 2013.¹⁴⁰

Por último, a pesar de que la Policía Judicial pueda utilizar medios técnicos sin autorización judicial, es necesario que informe al juez para que sea posible la intervención de las comunicaciones. El precepto únicamente exige que se informe de la utilización de los medios, pero lógicamente no debe extenderse a que sean desveladas las técnicas concretas que dificultarían futuras investigaciones por parte de la policía.¹⁴¹

Hace alusión, por tanto, a supuestos en los que posteriormente se pretende intervenir las comunicaciones. En el apartado siguiente se analizará el supuesto de que estos datos no estén aparejados a una concreta comunicación.

motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo establecido en el artículo 588 bis c”.

¹³⁶ El IMEI es un identificador único de cada teléfono móvil, por lo que no hay dos teléfonos que tengan el mismo IMEI y cuando el dispositivo se conecta a una red envía automáticamente este identificador. Es un número incapaz de ser alterado después de la producción. (Fuente: xataka.com)

¹³⁷ El IMSI es un código que identifica al abonado de una línea de teléfono. Es un código que se integra en la tarjeta SIM. A partir del número IMSI se le asigna al usuario un número de abonado denominado MSISDN. (Fuente: xataka.com)

¹³⁸ STS 481/2016, de 2 de junio de 2016, f.j.3º.

¹³⁹ ZARAGOZA TEJADA, Javier, ARMANDO BERMÚDEZ, Jorge y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo. *Investigación tecnológica y derechos fundamentales: comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*, op.cit., Pág 383-385.

¹⁴⁰ Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. Pág 20.

¹⁴¹ Circular 2/2019, de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas . Pág 26.

2.5.3. Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad.

Este supuesto aparece recogido en el artículo 588 ter m) LECrim,¹⁴² en el cual se otorga al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial, la posibilidad de requerir a las entidades prestadoras de servicios de comunicación, que aporten información sobre la identidad del titular de un número de teléfono determinado o de cualquier otro medio de comunicación. Por tanto, el precepto señala que no es necesaria la autorización judicial. La particularidad de este supuesto es que no se está afectando el derecho al secreto de las comunicaciones, ya que estos datos no suponen una comunicación en sentido estricto.

No obstante, a pesar de que no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones sí que afecta a otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de datos personales, que, aunque tengan una protección menor, deben ser igualmente respetados.

La diferencia que se debe hacer, por tanto, es entre datos de tráfico y datos de abonado. Para encontrar una definición de datos de abonado, podemos acudir al artículo 18 del convenio de Budapest sobre ciberdelincuencia¹⁴³, el cual ya fue mencionado para la definición de los datos de tráfico.

Por tanto, es evidente que el legislador procesal español ha establecido un régimen diferente para la obtención y posterior incorporación al proceso de datos de tráfico que, para el acceso a los datos de abonado, siendo este último un régimen mucho más flexible, por no afectar al derecho al secreto de las comunicaciones.

¹⁴² Artículo 588 ter m) LECrim “Cuando, en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia.”

¹⁴³ Artículo 18 Convenio sobre la ciberdelincuencia de Budapest del 23 de noviembre de 2001 publicado en el BOE el 17 de septiembre de 2010 “A los efectos del presente artículo, por «datos relativos a los abonados» se entenderá toda información, en forma de datos informáticos o de cualquier otra forma, que posea un proveedor de servicios y esté relacionada con los abonados a dichos servicios, excluidos los datos sobre el tráfico o sobre el contenido, y que permita determinar: a) El tipo de servicio de comunicaciones utilizado, las disposiciones técnicas adoptadas al respecto y el periodo de servicio; b) la identidad, la dirección postal o geográfica y el número de teléfono del abonado, así como cualquier otro número de acceso o información sobre facturación y pago que se encuentre disponible sobre la base de un contrato o de un acuerdo de prestación de servicios; c) cualquier otra información relativa al lugar en que se encuentren los equipos de comunicaciones, disponible sobre la base de un contrato o de un acuerdo de servicios.”

3. ACCESO DE LAS PARTES A LAS GRABACIONES

3.1. DERECHO DE LAS PARTES DE ACCEDER A LAS GRABACIONES

Una vez que la medida de investigación ha finalizado, el artículo 588 ter i) LECrim señala que se deben entregar copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas a las partes. Este derecho se incluye en el derecho de acceso de las partes al proceso penal y más concretamente en relación con el investigado o encausado, es una manifestación de su derecho de defensa.¹⁴⁴ Esta manifestación particular en el supuesto de las investigaciones telefónicas y telemáticas, se deriva del principio general del acceso a las partes a los elementos de la causa recogido en el artículo 302 LECrim.¹⁴⁵ La finalidad de esta medida, es que el afectado conozca todos los datos de los que dispone el Estado para que pueda ejercer de una manera más favorable su derecho de defensa.

El artículo 588 ter i) LECrim señala que si hubiese datos que tengan relación con la vida íntima de las personas, no se entregará la grabación y transcripción de las partes relacionadas con la intimidad, circunstancia que se hará constar de manera expresa.¹⁴⁶ Por tanto, la ley obliga a que el juez antes de la entrega de las copias a las partes realice un examen de estas, con el fin de excluir los datos relacionados con la vida íntima de las personas. El precepto es poco claro y se presentan varios aspectos conflictivos que deben ser analizados.

En primer lugar, en lo relativo a la intimidad no se debe realizar una interpretación rigurosa, ya que la mayor parte del contenido de la comunicación afectará en mayor o menor medida a la intimidad, por lo que se debe realizar una interpretación más flexible, en el sentido de que las copias que se entreguen sean solo las comunicaciones que tengan relevancia para el procedimiento.¹⁴⁷

En segundo lugar, podríamos plantearnos si podemos extender a este ámbito lo dispuesto en el artículo 587 LECrim,¹⁴⁸ referido a la correspondencia escrita y telegráfica. Es decir, si el afectado por la medida podría solicitar una copia de aquellas comunicaciones que no se incluyen entre las entregadas por no tener relación con la investigación criminal. Parece

¹⁴⁴ SANTOS MARTÍNEZ, Albert. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, op.cit., Pág 157.

¹⁴⁵ Artículo 302 LECrim “Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”.

¹⁴⁶ Artículo 588 ter i) LECrim “Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso”.

¹⁴⁷ Circular 2/2019, de 6 de marzo de 2019, de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. Pág 19.

¹⁴⁸ Artículo 587 LECrim “La correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al procesado o a su representante”.

que la respuesta es negativa, dado que esto podría desnaturalizar las conversaciones obtenidas¹⁴⁹.

Por último, la resolución judicial debe seguir los principios de idoneidad, especialidad, necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad a la hora de valorar la exclusión de determinadas partes en las copias. Una vez dictada esta resolución judicial, se deberá conceder un plazo para que las partes aleguen. Las partes podrán alegar que no se ha incluido información relevante, así como también podrán solicitar que se elimine información que ha vulnerado su vida privada y no resulta útil para el proceso.

3.2. DERECHO DE TERCEROS AFECTADOS A CONOCER LA INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES.

Además del acceso de las partes al contenido, la intervención de las comunicaciones en la mayor parte de las ocasiones afecta a terceros que no forman parte de la investigación. La LECrim se refiere a esta cuestión en el artículo 588.3 ter i), en el sentido de que el juez de instrucción comunicará a los terceros las concretas comunicaciones que son objeto de investigación¹⁵⁰.

No obstante, el derecho de los terceros afectados es diferente al derecho que tienen las partes, ya que la LECrim solo impone al juez la obligación de informar de la intervención, pero no alude a la entrega de copia como en el supuesto anterior. No obstante, esto no quiere decir que el interesado no pueda obtener una copia, pero deberá solicitarla y el juez deberá realizar una ponderación de los intereses en juego, ya que la entrega de las copias podría suponer vulneraciones del derecho a la intimidad de terceros. También hay que tener en cuenta que la medida no puede resultar perjudicial para los intereses del proceso. La inclusión de los fines del proceso en la LECrim ha supuesto la inclusión de un concepto jurídico indeterminado, que puede provocar que muchas solicitudes sean desestimadas sin un peligro real para el proceso, ya que suponen el gasto de tiempo y recursos por parte del órgano judicial, que debe dedicar esos esfuerzos a la aclaración del hecho delictivo.

¹⁴⁹ SANTOS MARTÍNEZ, Albert. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, op.cit., Pág 158.

¹⁵⁰ Artículo 588.3 ter i) LECrim “Se notificará por el juez de instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia”.

El deber de comunicación de la medida tampoco es absoluto, ya que en la propia LECrim se recogen tres situaciones en las que no será necesario comunicar la medida. Estos tres supuestos a los que se refiere la LECrim son: imposibilidad de la medida, esfuerzo desproporcionado y posibles perjuicios para futuras investigaciones.

En cuanto al supuesto particular de la víctima nos podemos encontrar con dos variantes:

- Si la víctima se ha constituido como acusación particular,¹⁵¹ tendrá derecho a la copia por ser una parte del proceso siguiendo el régimen del apartado anterior.
- En caso de que la víctima no se persone como acusación particular, la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito¹⁵² no se refiere entre los derechos al de recibir copia de las comunicaciones intervenidas. Por tanto, debemos guiarnos por el principio general y considerar a la víctima como un tercero afectado.

4. VALOR PROBATORIO DE LAS INTERVENCIONES ILÍCITAS.

Hasta ahora hemos analizado cuáles son las diligencias que se deben seguir para la intervención de las comunicaciones telemáticas y telefónicas, pero nos queda por analizar su valor probatorio, ya que las escuchas son un medio de investigación, que posteriormente van a tener una función probatoria durante el juicio. Para desarrollar esta finalidad probatoria, las escuchas deben haber sido obtenidas de manera lícita, ya que las obtenidas de manera ilícita serán excluidas.

4.1. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ART 11.1 LOPJ Y EN LA JURISPRUDENCIA

La exclusión de la prueba ilícita comenzó en los Estados Unidos de América¹⁵³ y aparecerá en España con la STC 114/1984. En esta sentencia, el TC niega que exista un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita¹⁵⁴ y afirma que la inadmisión

¹⁵¹ El acusador particular es aquella persona que ha sido ofendida o perjudicada por un delito y por ello ejerce una acción penal y en algunos casos una acción civil contra el investigado en un proceso público o semipúblico. (Fuente: conceptosjuridicos.com)

¹⁵² Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito publicada en el BOE el 28 de abril de 2015. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>

¹⁵³ Destacar el caso Boyd vs Estados Unidos 116 US 616 (1886) de 1 de febrero de 1886 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/> o el caso Weeks vs Estados Unidos 232 US 383 (1914) de 24 de febrero de 1914. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>

¹⁵⁴ Consultar también STC 97/2019, de 16 de julio “no existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita o mas precisamente no existe un derecho fundamental autónomo a la recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico”.

solo puede ser consecuencia de una consideración subjetiva del juzgador.¹⁵⁵ No obstante, el TC consideró que a pesar de que careciéramos de regla legal, la posición superior que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico imposibilita admitir una prueba que se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales y además su admisión perjudicaría los derechos del proceso que se recogen en el artículo 24.2 CE.¹⁵⁶

Este precedente fijado por la STC 114/1984, se recogió en el artículo 11.1 LOPJ que define la prueba ilícita de la siguiente manera “no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Este precepto es de vital importancia para el derecho procesal penal, ya que con anterioridad a esta norma tenía que aplicarse de forma supletoria el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La CE no recoge un derecho a la prueba lícita como si ocurre en algunas constituciones americanas.¹⁵⁷ La única referencia a la prueba se recoge en nuestra Constitución en el artículo 24.2 y hace referencia a la “prueba pertinente”. No aparece, por tanto, una prohibición de la prueba ilícita en nuestra Constitución de manera general, aunque sí podemos señalar algunas manifestaciones puntuales, como el caso de los artículos 18.2 y 18.3 CE¹⁵⁸.

Por tanto, la doctrina se ha manifestado en el sentido de que la práctica de la prueba por medios lícitos no es un derecho fundamental en sí mismo, sino que es una garantía que se basa en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁵⁹.

Volviendo al contenido del artículo 11.1 LOPJ el precepto se refiere a derechos fundamentales, por lo que las pruebas obtenidas con violación de otros derechos que no sean fundamentales no podrían perder su eficacia probatoria.¹⁶⁰ No debemos confundir el

¹⁵⁵ STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, f.j.3º.

¹⁵⁶ Artículo 24.2 CE “Asimismo, 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. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

¹⁵⁷ Se puede consultar a modo de ejemplo el artículo 76 Constitución de Ecuador https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf o el artículo 36 de la Constitución de Paraguay https://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm#:~:text=Se%20constituye%20en%20Estado%20social,reconocimiento%20de%20la%20dignidad%20humana.

¹⁵⁸ El artículo 18.2 CE señala la inviolabilidad del domicilio salvo caso de autorización del particular, autorización judicial o casos de flagrante delito mientras que el artículo 18.3 CE solo permite vulnerar el secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*. Tesis doctoral dirigida por Dr. Carlos Pérez del Valle. Universidad Abad Oliba CEU (2017) (en línea). Página web: <https://repositorioinstitucional.ceu.es/handle/10637/11556> (consultado marzo 2022). Pág 246.

¹⁶⁰ GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*, op.cit., Pág 247.

concepto de prueba ilícita con el concepto de prueba ilegal.¹⁶¹ El contexto del artículo 11.1 LOPJ se encuadra dentro de la prueba ilícita. Es importante analizar por separado cada mención del artículo 11.1 LOPJ:

- No surtirán efecto.

La consecuencia de esta expresión es que no podrán ser utilizadas las pruebas que se han obtenido de forma ilícita. Se deriva esta consecuencia del principio de legalidad y es que el *ius puniendi* del Estado no puede ser ejercido mediante vulneraciones de derechos fundamentales.

- Las pruebas obtenidas.

La expresión pruebas obtenidas supone referirse a todo el proceso, esto es no se limita a la práctica de las pruebas en juicio. Se circunscribe al momento de su obtención, por lo que la ilicitud de la prueba puede aparecer durante el desarrollo de diligencias de investigación, como es el caso en que nos encontramos de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.¹⁶² Es decir, para los efectos del artículo 11.1 LOPJ, es indiferente quien haya obtenido las pruebas y el momento en que se hayan obtenido.¹⁶³

- Directa o indirectamente.

El artículo 11.1 LOPJ no se limita a la prohibición de las pruebas ilícitas en un primer momento, sino que incluye a los efectos reflejos. Los efectos reflejos, son pruebas que son legítimas por sí mismas, pero que son consecuencia de un acto ilícito anterior. Esta teoría conocida como la “teoría de los frutos del árbol envenado”, será analizada en el apartado siguiente con más detalle.

- Violentando derechos o libertades fundamentales.

Esta expresión no está exenta de polémica y es que no se aclara que debemos entender por derechos y libertades fundamentales. Es decir, se discute si esta expresión limita los derechos fundamentales a los contenidos en los artículos 14 a 29 CE, o se pueden incluir otros. La jurisprudencia constitucional en la STC 114/1984 que fue la que inspiró el artículo 11.1 LOPJ se refiere al artículo 44.1 LOTC¹⁶⁴ referido a los artículos 14 a 29 CE y la objeción

¹⁶¹ Prueba ilícita se refiere exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales y prueba irregular es aquella que no viola derechos y libertades fundamentales, pero sí normas procesales. STS 1328/2009, de 30 de diciembre, f.j.2º.

¹⁶² ASENSIO MELLADO, José María, y FUENTES SORIANO, Olga. *Derecho procesal penal*, op.cit., Pág 163.

¹⁶³ CASABIANZA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, op.cit., Pág 275.

¹⁶⁴ Artículo 44.1 LOTC “Uno. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución. Dos. El recurso de

de conciencia del artículo 30 CE. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina entiende que se protegen todos los derechos fundamentales independientemente de donde estén situados.¹⁶⁵

4.2. LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO Y SUS EXCEPCIONES

La doctrina jurisprudencial de los frutos del árbol envenenado acogida por los tribunales españoles supone que todas las pruebas que se deriven de una prueba ilícita son igualmente nulas. Esta teoría apareció en EE.UU y se fue extendiendo al resto del mundo. En España se consagró en la ya mencionada STC 114/1984.

Se trata de evitar que la prueba ilícita produzca cualquier tipo de efecto en el proceso y por eso es necesario no solamente excluir esta prueba, sino excluir todos los efectos que se pudieran derivar de esta prueba ilícita. Si no se incluyese la prohibición de los efectos indirectos, las pruebas ilícitas tendrían efecto en el proceso, cuestión que debe evitarse en el contexto del juicio justo.¹⁶⁶

Trasladando estas ideas generales a la cuestión que nos ocupa de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, es de suma importancia esta cuestión, ya que la intervención de las comunicaciones es un medio de investigación para la obtención de pruebas que posteriormente serán alegadas en el juicio. Es por ello, que, si la intervención se ha producido violentando el derecho al secreto de las comunicaciones, no podrían surtir efectos estas pruebas. Se debe destacar lo dispuesto en la STS 446/2012, ya que supone la manifestación de la teoría general para el supuesto particular que nos ocupa. La citada sentencia señala que “la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina las posteriores de ella derivadas”.¹⁶⁷

Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el TC ha mantenido que no existe un precepto constitucional que proclame la prohibición de valorar en juicio pruebas que se han obtenido vulnerando derechos fundamentales, pero que la valoración de estas pruebas

amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. Tres. En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso”.

¹⁶⁵ CASABIANCA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, op.cit., Pág 309-310 o URBANO CASTRILLO, Eduardo, TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal, un estudio jurisprudencial*. Pamplona: Thomson, 2007. Pág. 47 entre otros.

¹⁶⁶ CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, op.cit., Pág 323.

¹⁶⁷ STS 446/2012, 5 de junio de 2012, f.j.4º. También se puede consultar STS 3431/2021, f.j.2º, STC 171/1999, de 27 de septiembre de 1999 o la STC 299/2000, de 11 de diciembre de 2000, entre otras.

supondría vulnerar las garantías del proceso justo del artículo 24.2 CE y una desigualdad de las partes en el proceso, por lo que debe entenderse prohibida por la Constitución.¹⁶⁸

Para que exista esta nulidad de la prueba indirecta, es necesario que exista una conexión entre la prueba lícita y la obtenida de manera ilícita, ya que, si son independientes, no se puede producir la nulidad de la prueba lícita. Esta matización se conoce como la doctrina de la conexión de antijuridicidad, que fue desarrollada por la STC 81/1998 que supone “el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en cuenta para enervar la presunción de inocencia del acusado”¹⁶⁹.

Por tanto, la conexión de la antijuridicidad obliga a que exista una conexión natural o causal, para poder derivar los efectos de una prueba obtenida de manera ilícita, ya que, si fuesen independientes, no existiría una prohibición para su valoración.¹⁷⁰ La cuestión problemática es donde situar el límite entre la conexión y la desconexión de la antijuridicidad. La jurisprudencia opta por hacer recaer esta valoración sobre el juez, que deberá analizar las circunstancias que concurren en el caso especialmente centrándose en el grado de vulneración constitucional de la primera prueba y en el resultado que se ha obtenido de esa vulneración¹⁷¹.

No es lo mismo que se vulnere el derecho al secreto de las comunicaciones por intervenir las comunicaciones sin autorización judicial a que se intervengan las comunicaciones con autorización judicial, pero con una motivación insuficiente. En el primer supuesto no van a poder ser excepcionadas las siguientes pruebas, mientras que en el segundo caso podría darse una excepción en las siguientes pruebas, siempre atendiendo a las circunstancias y sin olvidar que la norma general es la prohibición de la prueba indirecta.¹⁷²

Pero no obstante existen una serie de excepciones a esta teoría de los frutos del árbol envenenado o doctrina de la conexión de la antijuridicidad que deben ser analizadas:¹⁷³

- La fuente independiente.

Como ya se ha mencionado, lo que impide la doctrina de los frutos del árbol envenenado es que se puedan utilizar pruebas ilícitas obtenidas directa o indirectamente con lesión de derechos fundamentales. La primera excepción es que nada impide que los hechos

¹⁶⁸ STC 253/2006, de 11 de septiembre de 2006, f.j.6º. Ver también STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984 o STC 69/2001, de 17 de marzo de 2001, entre otras.

¹⁶⁹ STS 69/2013, de 31 de enero de 2013, f.j.1º.

¹⁷⁰ CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, op.cit., Pág 326.

¹⁷¹ STC 81/1998, de 2 de abril de 1998. Ver también la STS 4146/2018, de 5 de diciembre de 2018.

¹⁷² CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, op.cit., Pág 330.

¹⁷³ CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, op.cit., Pág 331.

se descubran por una prueba que no provenga de la primera prueba ilícita, ya que entre estas dos pruebas no existirá nexo de antijuridicidad.

Parte de la doctrina no considera que sea en modo estricto una excepción a los efectos reflejos de la prueba ilícita, ya que lo que está ocurriendo en este supuesto realmente es que no concurre el presupuesto de relación causal que exige la teoría. El problema es la valoración del concepto independiente, que se amplía demasiado, lo cual provoca que realmente si sea una excepción a la eficacia refleja de la regla de exclusión¹⁷⁴.

Un caso de prueba independiente manifestado por la jurisprudencia del TC es el supuesto en que el imputado se declara culpable. En este caso el TC entiende que esta confesión es independiente de las pruebas que se hubiesen obtenido lesionando sus derechos fundamentales. En palabras del TC “la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental”.¹⁷⁵ Para que esto sea válido, la confesión del imputado tiene que haberse producido con todas las garantías de un proceso justo y tendrá los mismos efectos en fase de instrucción, que en fase plenaria.¹⁷⁶

Otro caso de prueba independiente a juicio del TC es el transcurso del tiempo, como señala la STC 66/2009 “el largo tiempo transcurrido entre las intervenciones telefónicas y la entrada y registro permiten concluir el carácter jurídicamente independiente de la entrada y registro”.¹⁷⁷ En este caso, las intervenciones telefónicas fueron declaradas nulas y no afectó la nulidad a la posterior entrada y registro.

Hay que mostrarse cautos con esta excepción, ya que, si el concepto de prueba independiente empieza a utilizarse de manera amplia, en la práctica se pueden producir grandes excepciones a la ilicitud de las pruebas reflejas.

- El descubrimiento inevitable.

Esta excepción se aplica en los casos en los que lo que se ha obtenido de forma ilícita se hubiese descubierto de forma inevitable a través del resto de medios lícitos que se estaban aplicando. Se recoge en nuestra jurisprudencia desde la STS 974/1997 “inevitadamente y por métodos regulares había cauces en marcha que habrían desembocado en el descubrimiento”. La justificación de esta excepción es que, si la prueba se hubiera producido

¹⁷⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. (mayo 2010). Pag 143.

¹⁷⁵ STC 8/2000, de 17 de enero de 2000, f.j.10º.

¹⁷⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, op.cit., Pág 146-147.

¹⁷⁷ STC 66/2009, de 9 de marzo de 2009, f.j.5º.

igualmente por otros medios, sin necesidad de traer consecuencia de la prueba ilícita inicial, no habrá conexión de antijuridicidad.¹⁷⁸

Parte de la doctrina también se ha mostrado contraria a esta excepción en el sentido de que se produce una indefensión y ambigüedad al tener que realizar una valoración sobre lo que pudo suceder, pero no sucedió, por lo que se realizan juicios hipotéticos, lo cual provoca problemas para el principio de presunción de inocencia.¹⁷⁹

- La buena fe.

La buena fe es una excepción que se centra en el estudio de la actuación policial. Si los agentes policiales han actuado de buena fe al pensar que su actuación estaba amparada por mandamiento legal o judicial, no opera la regla de exclusión¹⁸⁰. No obstante, la definición de buena fe debe ser matizada.

La jurisprudencia española hizo referencia a esta excepción en la STC 22/2003, donde señaló la validez de una prueba, ya que tanto la policía como el órgano judicial actuaron sin dolo o culpa¹⁸¹. El Tribunal Constitucional señala que cuando la vulneración se produce por una insuficiente definición del ordenamiento y los órganos encargados de la investigación actúan con creencia fundada de que están respetando el ordenamiento, la exclusión de la prueba sería un remedio excesivo y, por tanto, se debe configurar estos casos como una excepción a la regla general.

De nuevo esta excepción no está exenta de críticas por parte de la doctrina¹⁸², ya que en España la exclusión de las pruebas ilícitas no es un remedio procesal, sino que se pretende la exclusión de todas las pruebas que se han obtenido mediante lesión de derechos fundamentales, por lo que la creencia de buena fe delimitaría en exceso esta norma general. Además, se critica la expresión que utiliza el TC en la sentencia mencionada anteriormente “mero accidente” para justificar una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio¹⁸³.

¹⁷⁸ CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, op.cit., Pág 335.

¹⁷⁹ GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*, op.cit., Pág 267.

¹⁸⁰ CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, op.cit., Pág 336.

¹⁸¹ STC 22/2003, de 10 de febrero de 2003, f.j.10º “La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial.”

¹⁸² Voto particular del magistrado Guillermo Jimenez Sanchez en la STC 22/2003 que entiende que pese a la buena fe policial se ha producido una vulneración de derechos fundamentales.

¹⁸³ GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*, op.cit., Pág 262-263.

5. VALOR PROBATORIO DE LAS INTERVENCIONES LÍCITAS.

Hasta ahora, hemos analizado la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas como medida de investigación, pero debemos tener en cuenta que el objetivo final de estas intervenciones es que sirvan como prueba en el juicio oral. Los efectos de estas intervenciones serán valorados conforme a lo dispuesto en la sección 8ª LEC “de la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso”.¹⁸⁴ Según lo dispuesto en esta sección (arts. 382 a 384 LEC), la prueba será valorada por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica.¹⁸⁵

Para hablar de prueba en sentido estricto, ésta debe ser practicada en el momento del juicio oral ante el juez o tribunal encargado de dictar sentencia para que las partes puedan actuar con las garantías propias del proceso penal (publicidad, oralidad, inmediación y contradicción).¹⁸⁶ No obstante, existen excepciones, ya que existen diligencias de investigación que son practicadas con anterioridad al juicio oral y que incorporan sus efectos al proceso. Por tanto, la intervención de las comunicaciones puede actuar como medio de investigación o como prueba directa¹⁸⁷. La intervención de las comunicaciones no tiene por sí sola carácter de prueba, sino que serán los resultados de la intervención los que tendrán carácter de prueba, siempre que se hayan respetado los presupuestos legales.

Una vez que se ha ejecutado la medida de intervención, si se producen irregularidades ya no afectará al derecho al secreto de las comunicaciones, sino que afectará al derecho a un proceso con garantías.¹⁸⁸ Por tanto, hay que diferenciar por un lado la posible vulneración del artículo 18.3 CE en la adopción de la medida y, por otro lado, las posibles infracciones procedimentales que puedan producirse durante la incorporación al proceso.

La intervención de las comunicaciones del investigado se lleva a cabo antes del juicio, pero no por ello se debe considerar como una prueba anticipada. La diferencia entre prueba anticipada y prueba preconstituida no aparece propiamente en la ley, pero la doctrina¹⁸⁹

¹⁸⁴ CASABIANCA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, op.cit., Págs 314-315.

¹⁸⁵ Artículo 382.3 LEC “El tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo según las reglas de la sana crítica.” Ver también Artículo 384.3 LEC “El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza”.

¹⁸⁶ GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*, op.cit., Pág 199.

¹⁸⁷ GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*, op.cit., Pág 199.

¹⁸⁸ STS 1191/2004, de 21 de octubre de 2004, f.j.2º

¹⁸⁹ ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida ya la prueba anticipada”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, nº 2180. Págs 20-22

entiende por prueba anticipada aquella que debe practicarse en el juicio oral, pero por causas de fuerza mayor debe realizarse antes, mientras que por prueba preconstituida se debe entender aquella que se realiza en la fase de instrucción.

En la LECrim no se mencionan las escuchas como una prueba independiente, por lo que tenemos que atender a las pruebas que se mencionan en la ley que son: confesión de los investigados y personas civilmente responsables, examen de los testigos, informe pericial, prueba documental y de la inspección ocular.

5.1. LAS ESCUCHAS COMO PRUEBA DOCUMENTAL.

Existe un debate en la doctrina respecto al concepto de documento, principalmente en lo relativo a considerar como documentos aspectos que no están propiamente escritos, como podrían ser las imágenes o los sonidos. Siguiendo a CASANOVA MARTÍ¹⁹⁰ existen en la doctrina tres conceptos diferentes de documentos:

1. Una concepción más amplia en la que podríamos considerar documento todo objeto físico mueble que pueda ser llevado a presencia del juez o tribunal, independientemente de que sea un papel escrito.
2. Una concepción estricta, según la cual serían documentos solo los objetos escritos. Se ligaría por tanto el concepto de documento a la escritura.
3. Una posición intermedia, según la cual sería documento todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso. Se englobaría tanto la escritura como la imagen o el sonido.

Los debates en cuanto al concepto de documento aparecen también en las leyes, ya que el CP en su artículo 26 da un concepto que podríamos incluir en la concepción amplia, mientras que la LEC opta por la concepción estricta del término. No existe una regulación detallada en la LECrim, pero no debemos olvidar que se aplicará de forma supletoria lo dispuesto en la LEC¹⁹¹.

Los resultados de las intervenciones telefónicas y telemáticas se recogen en cintas o discos compactos, para ser aportadas en juicio. Estas grabaciones siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁹² deben ser consideradas como documentos. La importancia de que

¹⁹⁰ CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, op.cit., Pág 304-305.

¹⁹¹ Artículo 4 LEC “En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”.

¹⁹² STS 506/2013, de 22 de mayo de 2013, f.j.8º “En efecto, las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio puede hacerse, claro está, de maneras distintas”.

sean valoradas como documentos es que no es necesario su escucha durante la audiencia pública, sino que se pueden dar por reproducidas siempre que se hayan incorporado al proceso con las debidas garantías.¹⁹³

No obstante, a pesar de que la jurisprudencia se haya mostrado favorable a la calificación como prueba documental, existe parte de la doctrina que considera que debería llevarse a la inspección ocular.¹⁹⁴ CASABIANCA ZULETA¹⁹⁵ señala una serie de dificultades que aparecen al calificar las escuchas y las transcripciones como documentos públicos.

El juez no puede analizar la totalidad de las grabaciones, por lo que es válido que se informe al juez de las partes que son más relevantes para el proceso.

El LAJ es la persona encargada de transcribir las comunicaciones y de comparar la transcripción que ha sido aportada por la Policía Judicial. Esta tarea se encarga al LAJ, ya que tiene la misión de velar por la fe pública judicial. Las transcripciones del LAJ tendrán la consideración de documento público tal y como se dispone en la LEC¹⁹⁶. Estas transcripciones tienen como misión facilitar el manejo de las grabaciones, pero el material probatorio son las cintas originales y no las transcripciones, por lo que es necesario que estas cintas estén a disposición de las partes¹⁹⁷.

La exigencia de que se incorporen las grabaciones originales se matiza en la actualidad, ya que el sistema de interceptación de las comunicaciones (SITEL) impide que se cumpla con esta exigencia, ya que se carece de soporte original. Las garantías de este sistema no son el disco, sino las garantías del sellado que acompaña a los soportes¹⁹⁸.

5.2. LA PRUEBA TESTIFICAL.

Ya hemos analizado que los resultados de una intervención de las comunicaciones pueden ser aportados al proceso mediante una prueba documental, pero también bajo determinadas circunstancias pueden ser incorporados mediante una prueba testifical. Un testigo es una figura procesal que es llamada a declarar sobre la certeza de hechos que se están investigando judicialmente, ya que se supone que posee datos relevantes. La prueba

¹⁹³ CASABIANCA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, op.cit., Pág 323.

¹⁹⁴ MONTERO AROCA, Juan. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal: (un estudio jurisprudencial)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. Pág 287.

¹⁹⁵ CASABIANCA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, op.cit., Pág 325-327.

¹⁹⁶ Artículo 317.1 LEC “A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Letrados de la Administración de Justicia”.

¹⁹⁷ GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*, op.cit., Pág 205.

¹⁹⁸ GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*, op.cit., Pág 202.

testifical se regula en el artículo 701 y ss. LECrim. La prueba testifical ha sido admitida por la jurisprudencia en relación con los funcionarios que escucharon las conversaciones intervenidas “la información puede ser incorporada al proceso a través de las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las grabaciones intervenidas”¹⁹⁹.

5.3. LA PRUEBA PERICIAL DE VOZ.

La prueba pericial de voz es muy importante en relación con la intervención de las comunicaciones, ya que en muchas ocasiones la defensa alega que la voz que aparece en las cintas no se corresponde con la de su cliente. No hay que olvidar que la intervención se lleva a cabo sin el conocimiento de los participantes, por lo que es de suma importancia identificar correctamente quienes participan en la conversación que se ha intervenido. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que esta prueba puede atentar contra el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a no confesarse culpable, recogidos en la CE²⁰⁰.

La jurisprudencia entiende que no se produce ninguna vulneración del derecho protegido en el artículo 24.2 CE, ya que “al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia no se obliga al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, sino que es una especial modalidad de pericia que exige una colaboración no equiparable a una declaración”²⁰¹.

Por otro lado, la identificación de la voz no exige necesariamente la prueba pericial técnica, ya que nuestro sistema permite que se utilicen otros instrumentos como el reconocimiento de voz por parte de la víctima o una rueda de voces²⁰². No hay que olvidar que es al tribunal al que corresponde la valoración en conjunto de todos los medios de prueba que se han mostrado en el proceso penal, para que a través de ellos dicte sentencia²⁰³.

¹⁹⁹ Circular 1/2013, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. Pág 46. En la jurisprudencia ver STC 166/1999, de 27 de septiembre.

²⁰⁰ Artículo 24.2 CE “Asimismo, 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. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

²⁰¹ STS 1332/1997, de 3 de noviembre, f.j.3º.

²⁰² STS 1332/1997, de 3 de noviembre, f.j.4º.

²⁰³ GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*, op.cit., Pág 209.

CONCLUSIONES.

- I. La revolución tecnológica de las últimas décadas ha provocado la aparición de nuevos delitos relacionados con las nuevas tecnologías. Estos nuevos delitos hacen necesaria la aparición de nuevos métodos de investigación y por ello adquiere una mayor importancia tener una ley que regule de manera clara y completa los requisitos que deben darse para no vulnerar derechos fundamentales de los investigados.
- II. El derecho al secreto de las comunicaciones se regula en el artículo 18 CE y como derecho fundamental cuenta con una situación privilegiada dentro del ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales tienen un contenido esencial que debe ser respetado, pero no tienen un carácter ilimitado. La resolución judicial y las excepciones recogidas en el artículo 55 CE son los límites a este derecho al secreto de las comunicaciones, ya que existe un interés constitucional en la prevención y la punición de los hechos delictivos, que justifican la existencia de estos límites.
- III. En relación con la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas cobra especial trascendencia el derecho fundamental a la intimidad, recogido también en el artículo 18 CE. La aparición de las nuevas tecnologías ha dificultado la concreción del derecho a la intimidad, dado que los avances tecnológicos han facilitado la intromisión en el entorno privado de los ciudadanos.
- IV. El régimen legal anterior a la LO 13/2015 era un régimen insuficiente. Se aplicó la LO 9/1984 en conexión con el artículo 18.3 CE por ser la Constitución “ley de leyes” pero este régimen impreciso provocó indefensión en los afectados por la medida, lo que llevó a que España fuese sancionada por el TEDH, que entendió que España no cumplía con el requisito de calidad de la ley a la hora de regular la intervención de las comunicaciones. La promulgación de la LO 4/1988 también resultó insuficiente, pero los esfuerzos posteriores de la jurisprudencia al señalar los requisitos que eran necesarios para no vulnerar los derechos de los investigados supusieron un gran avance en esta materia.
- V. A pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia, el régimen legal español tenía lagunas que fueron solucionadas por la LO 13/2015, en la que se expresaron estos principios jurisprudenciales con el objetivo de contar con una ley clara y de calidad. Se

establecieron unos principios rectores que deben seguirse para que se pueda llevar a cabo la medida. Estos principios son los de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

- VI. Como novedad de esta reforma de 2015, se regulan unas disposición comunes a las distintas medidas de investigación tecnológica. Son una serie de principios que se tienen que cumplir para la aplicación de todas ellas sin perjuicio de las especialidades que después tenga cada una.
- VII. La diferencia entre comunicación telefónica y telemática se complica con la aparición de los modernos Smartphones, ya que tradicionalmente se asociaba las comunicaciones telefónicas al uso de un teléfono móvil o fijo y las telemáticas al uso de un ordenador. Los Smartphones actuales reúnen ambas características, lo que complica su diferenciación. No obstante, es un debate que no tiene consecuencias en la práctica, ya que el régimen jurídico para las comunicaciones telefónicas y telemáticas es el mismo.
- VIII. La medida se adoptará ante delitos dolosos castigados con una pena de al menos 3 años de prisión, delitos cometidos en el seno de una organización criminal, delitos de terrorismo o delitos cometidos mediante instrumentos informáticos por ser estos los presupuestos de la medida. Con anterioridad a la reforma no se señalaban estos casos concretos, lo que llevó a problemas por la interpretación del concepto delito grave. Por delito grave no se debe entender la definición establecida en el Código Penal, sino que se debe atender a la repercusión social del delito.
- IX. Se puede autorizar el acceso tanto al contenido de las comunicaciones como a los datos electrónicos o de tráfico asociados al proceso de comunicación. En la mayoría de los casos el terminal va a ser el habitualmente utilizado por el investigado, pero excepcionalmente se podrá intervenir terminales ajenos si se tiene constancia de que está siendo utilizado por el investigado o que el terminal ha sido puesto a nombre de terceros de manera fraudulenta por el investigado. En estos casos se requerirá una mayor motivación por parte del Tribunal. También en casos de riesgo para la víctima se podrá intervenir su terminal.

- X. Las partes tienen derecho a acceder a las grabaciones, por lo que una vez finalizada la medida de investigación se entregará copia de las grabaciones y de las transcripciones. En relación con el investigado o encausado es una manifestación de su derecho de defensa.
- XI. Las intervenciones telefónicas y telemáticas pueden intervenir en el proceso de dos maneras: como medio de investigación y como prueba directa en sí misma. El artículo 11.1 LOPJ señala que con carácter general no surtirán efectos las pruebas obtenidas ilícitamente. Se incluyen tanto las pruebas directas como los efectos reflejos, conocido como teoría de los frutos del árbol envenenado. Debe existir una conexión entre la prueba lícita y la ilícita, es decir, una conexión de antijuridicidad.
- XII. Existen una serie de excepciones a esta teoría de los frutos del árbol envenenado como son la prueba independiente en la que no existe relación causal, el descubrimiento inevitable en caso de que por medios lícitos se hubiese llegado al mismo razonamiento al que se ha llegado por medios ilícitos y la buena fe que hace referencia a la actuación policial. Estas excepciones no están exentas de críticas por parte de la doctrina.
- XIII. El objetivo de las intervenciones telefónicas y telemáticas es que sirvan como prueba en el juicio oral. La LECrim no regula las escuchas como prueba independiente, por lo que deben englobarse en las reguladas con carácter general. En la práctica se llevan a la prueba documental, realizando una interpretación flexible del concepto de documento como se recoge en el Código Penal permitiendo englobar dentro del término documento imágenes y sonidos.

BIBLIOGRAFÍA.

- ASENCIO MELLADO, José María, y FUENTES SORIANO, Olga. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, nº 2180.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. “El derecho al secreto de las comunicaciones”. *Parlamento y Constitución*. Anuario, 1998, nº 2, pp. 169-194.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, y ALLUÉ BUIZA, Alfredo. *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Valladolid: Lex Nova, 2013.
- CASABIANZA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2016.
- CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch, 2014.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. *Legislación antiterrorista en España*. París, 2003 (en línea). Sitio web: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/CLC+64+esp.pdf> (consultado marzo 2022).
- GONZÁLEZ BLESA, Francisco Javier. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate*. Tesis doctoral dirigida por Dr. Carlos Pérez del Valle. Universidad Abad Oliba CEU (2017) (en línea). Página web: <https://repositorioinstitucional.ceu.es/handle/10637/11556> (consultado marzo 2022).
- LÓPEZ FERIA, Alfonso. “Nuevas Tecnologías e Interceptación de las Comunicaciones Telefónicas y Telemáticas”. *Revista Española de Derecho Militar*, nº 111-112 (enero-diciembre 2019). pp. 213-245

- MARCO URGELL, Anna. *La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia*. Universitat Autònoma de Barcelona, 2010.
- MARTÍN MORÁLES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas, 1995.
- MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio. *Investigación tecnológica en los cibercrimitos*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2020.
- MONTERO AROCA, Juan. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal: (un estudio jurisprudencial)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. pp. 131-151 (mayo 2010).
- RODRÍGUEZ DUARTE, Luis. “Aval del Tribunal Supremo al acceso al registro de llamadas del teléfono móvil de un detenido sin autorización judicial. Consideraciones sobre su aplicabilidad al teléfono inteligente” *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, nº 5 (abril-junio 2020).
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Madrid: McGraw Hill, 1997.
- SANCHÍS CRESPO, Carolina. “Puesta al día de la instrucción penal: la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”. *Revista La Ley Penal*, nº 125 (marzo-abril 2017).
- SANTOS MARTINEZ, Albert. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Barcelona: Wolters Kluwer, 2017.
- SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”. *Ayer*, 1999, nº 34, pp. 217-241.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo, TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal, un estudio jurisprudencial*. Pamplona: Thomson, 2007

- VARONA JIMÉNEZ, Alberto. “Aspectos relevantes de la interceptación de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal español”. *Ius Inkarri. Revista de la facultad de derecho y ciencia política* n° 9 2020, pp. 159-172.
- VEGA LÓPEZ, Jesús. “Aristóteles, el derecho positivo y el derecho natural”. *Anuario de filosofía del derecho*, n° 27 2011, pp. 281-320.
- ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio, ARMANDO BERMÚDEZ, Jorge y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo. *Investigación tecnológica y derechos fundamentales: comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.
- ZOCO ZABALA, Cristina. *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones: 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*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

JURISPRUDENCIA CITADA.

TEDH

STEDH 8691/79, Caso Malone contra Reino Unido.

STEDH 27671/95, Caso Valenzuela Contreras contra España.

STEDH 58496/00, Caso Prado Bugallo contra España.

ATEDH 17060/02, Caso Abdulkadir Coban contra España.

TC

STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984 (ECLI: ES: TC: 1984: 114)

STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996 (ECLI: ES: TC: 1996: 207)

STC 81/1998, de 2 de abril de 1998 (ECLI: ES: TC: 1998: 81)

STC 166/1999, de 27 de septiembre de 1999 (ECLI: ES: TC: 1999: 166)

STC 171/1999, de 27 de septiembre de 1999 (ECLI: ES: TC: 1999: 171)

STC 8/2000, de 17 de enero de 2000 (ECLI: ES: TC: 2000: 8)

STC 299/2000, de 11 de diciembre de 2000 (ECLI: ES: TC: 2000: 299)

STC 14/2001, de 29 de enero de 2001 (ECLI: ES: TC: 2001: 14)

STC 68/2001, de 17 de marzo de 2001 (ECLI: ES: TC: 2001: 68)

STC 82/2002, de 22 de abril de 2002 (ECLI: ES: TC: 2002: 82)

STC 22/2003, de 10 de febrero de 2003 (ECLI: ES: TC: 2003: 22)

STC 204/2004, de 18 de noviembre de 2004 (ECLI: ES: TC: 2004: 204)

STC 253/2006, de 11 de septiembre de 2006 (ECLI: ES: TC: 2006: 253)

STC 230/2007 de 5 de noviembre de 2007 (ECLI: ES: TC: 2007: 230)

STC 66/2009, de 9 de marzo de 2009 (ECLI: ES: TC: 2009: 66)

STC 142/2012, de 2 de julio de 2012 (ECLI: ES: TC: 2012: 142)

STC 97/2019, de 16 de julio de 2019 (ECLI: ES: TC: 2019: 97)

STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021 (ECLI: ES: TC: 2021: 183)

TS

ATS 3773/1992, de 18 de junio de 1992 (ECLI: ES: TS: 1992: 3773A)

STS 6967/1990, de 5 de octubre de 1990 (ECLI: ES: TS: 1990: 6967)

STS 12011/1993, de 25 de junio de 1993 (ECLI: ES: TS: 1993: 12011)

STS 692/1997, de 7 de noviembre de 1997 (ECLI: ES: TS: 1997: 6660)

STS 1332/1997, de 3 de noviembre de 1997 (ECLI: ES: TS: 1997: 6507)

STS 960/1999, de 15 de junio de 1999 (ECLI: ES: TS: 1999: 4235)

STS 1191/2004, de 21 de octubre de 2004 (ECLI: TS: 2004: 6698)

STS 1001/2005, de 19 de julio de 2005 (ECLI: ES: TS: 2005: 4968)

STS 236/2008, de 9 de mayo de 2008 (ECLI: ES: TS: 2008: 1932)

STS 292/2008, de 28 de mayo de 2008 (ECLI: ES: TS: 2008: 3346)

STS 776/2008, de 18 de noviembre de 2008 (ECLI: ES: TS: 2008: 6639)

STS 1328/2009, de 30 de diciembre de 2009 (ECLI: ES: TS: 2009: 8457)

STS 818/2011, de 21 de julio de 2011 (ECLI: TS: 2011: 5049)

STS 446/2012, de 5 junio de 2012 (ECLI: ES: TS: 2012: 3808)

STS 474/2012, de 6 de junio de 2012 (ECLI: ES: TS: 2012: 4446)

STS 644/2012, de 18 de julio de 2012 (ECLI: ES: TS: 2012: 5351)

STS 730/2012, de 26 de septiembre de 2012 (ECLI: ES: TS: 2012: 6210)

STS 751/2012, de 28 de septiembre de 2012 (ECLI: ES: TS: 2012: 6768)

STS 69/2013, de 31 de enero de 2013 (ECLI: ES: TS: 2013: 346)

STS 419/2013, de 14 de mayo de 2013 (ECLI: ES: TS: 2013: 2450)

STS 506/2013, de 22 de mayo de 2013 (ECLI: ES: TS: 2013: 3249)

STS 679/2013, de 25 de septiembre de 2013 (ECLI: ES: TS: 2013: 4663)

STS 2844/2014, de 16 de junio de 2014 (ECLI: ES: TS: 2014: 2844)

STS 481/2016, de 2 de junio de 2016 (ECLI: ES: TS: 2016: 481)

STS 40/2017, de 31 de enero de 2017 (ECLI: ES: TS: 2017: 278)

STS 400/2017, de 1 de junio de 2017 (ECLI: ES: TS: 2017: 2800)

STS 4146/2018, de 5 de diciembre de 2018 (ECLI: ES: TS: 2018: 4146)

STS 3431/2021, de 16 de septiembre de 2021 (ECLI: ES: TS: 2021: 3431)