



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La intervención de las comunicaciones telefónicas y
electrónicas en la instrucción del proceso penal

Autor/es

Alejandro Manzanares Usón

Director/es

Joaquín de Carpi Pérez

Grado en Derecho
Facultad de Derecho de Zaragoza
Curso académico 2017/2018

Índice

INTRODUCCIÓN.....	5
1. Concepto de intervención telefónica	5
2. Regulación legal	6
2.1. Introducción a Derechos Fundamentales.....	6
2.2. Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones.....	7
2.3. Regulación legal de las intervenciones telefónicas	7
3. Principios.....	10
3.1. Principio de especialidad.....	10
3.2. Principio de idoneidad.....	11
3.3. Principios de excepcionalidad y necesidad	12
3.4. Principio de proporcionalidad	12
4. Ámbito de aplicación.....	14
4.1. Ámbito de aplicación objetivo.....	14
4.2. Ámbito de aplicación subjetivo	15
4.2.3. Supuesto especial. Internos en centros penitenciarios.....	15
5. Requisitos formales	15
6. Procedimiento de intervención y ejecución.....	17
6.1. Sistema de escuchas telefónicas SITEL	17
6.2. Funcionamiento del SITEL	19
6.3. Las dificultades de SITEL frente a Whatsapp.....	21
7. Plazo de duración y prórrogas	23
8. Reproducción en el juicio oral y valor probatorio.....	24
9. Eficacia refleja de la prueba prohibida. Teoría refleja y teoría directa	26
9.1. La prueba prohibida en la jurisprudencia del TC	27
BIBLIOGRAFÍA	30

ABREVIATURAS

CE.	Constitución Española
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
CP.	Código Penal
RD.	Real Decreto
LO.	Ley Orgánica
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial
FGE.	Fiscalía General del Estado
TS.	Tribunal Supremo
TC.	Tribunal Constitucional
TEDH.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CEDH.	Convenio Europeo de Derechos Humanos
AAP.	Auto de la Audiencia Provincial
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH.	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SITEL.	Sistema integrado de interceptación telefónica
IMEI.	International Mobile Equipment Identity

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de este trabajo se centra en el estudio y análisis de la intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas en la instrucción del proceso penal. Su regulación se encuentra en el Capítulo V del Título VIII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹, no obstante, ciertas lagunas que deja la Ley han sido completadas doctrinalmente y por abundante jurisprudencia, las cuales serán también expuestas en el presente trabajo.

Una parte importante del mismo es un pequeño análisis del actual sistema de intervención de las telecomunicaciones (SITEL), que utilizan las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado por orden judicial, para investigar presuntos delitos.

Por último, y en gran medida debido a la polémica que existe en cuanto a la aceptación o no de pruebas lícitas pero obtenidas a través de otras que no lo son, se hará una mención a la eficacia refleja de la prueba prohibida y sus distintas corrientes.

1. Concepto de intervención telefónica

Formalmente en la Ley no se encuentra un concepto de intervención telefónica como tal. Una correcta definición es la que ofrece el profesor Vicente Gimeno Sendra² por la cual, se entiende que hay una intervención telefónica cuando el Juez de Instrucción ordena llevar a cabo un acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal. Y que mediante auto especialmente motivado, encomienda a la policía judicial, a que se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.

¹ TÍTULO VIII. De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución.

² GIMENO SENDRA, VICENTE., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 4ª edic., Colex, Madrid, 2014, pp. 280-281.

2. Regulación legal

La referencia legal primera y más importante en relación a las intervenciones telefónicas la encontramos en el artículo 18 apartado 3 de la Constitución. Precepto, éste, que se encuentra regulado en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª, de la Carta Magna, por lo que es calificado cómo derecho fundamental gozando así, de una especial protección.

2.1. Introducción a Derechos Fundamentales

Dentro del ordenamiento jurídico español, los derechos fundamentales ostentan una posición preferente. De tal modo que el Estado debe respetarlos y velar por su cumplimiento, no obstante en casos puntuales podrá vulnerar tales derechos en el ámbito de una investigación, únicamente cuando la propia CE o las leyes lo establezcan, y siempre cumpliendo estrictamente las condiciones por las que se permita dicha vulneración con finalidad investigadora³.

Esta posición preferente de los derechos fundamentales y su condición de inviolables, imposibilita de lleno la admisión de la prueba en el proceso, si tales derechos han sido violentados para la obtención de la prueba. Cuando hayan sido obtenidos, claro están, sin respetar las previsiones legales y el procedimiento estricto por el cual sí se permitiría la vulneración de los derechos fundamentales con finalidad investigadora y por tanto la licitud de la prueba obtenida en cuanto a su inclusión en el proceso. Por tanto, nos encontramos ante una garantía objetiva, pero no ante un principio del ordenamiento que pueda concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental.

Una⁴ vez vista la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en un Estado democrático de derecho, no cabe duda que en la lucha contra la criminalidad organizada, en según qué supuestos sea de gran utilidad, incluso obligatorio porque no queda otro medio, el empleo de técnicas de investigación que incluyen la adopción de medidas que restringen los derechos fundamentales del investigado. En el caso concreto que nos ocupa, nos referimos a la escucha de sus comunicaciones telefónicas. Esta posibilidad de injerencia en los derechos fundamentales, con finalidad investigadora, encuentra amparo tanto en las legislación interna del Estado español, cómo a nivel europeo, en el art. 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos

³ STC 114/1984 de 29 de noviembre.

⁴ STS de 21 de febrero de 2017 Roj: STS 674/2017 - ECLI: ES:TS:2017:674

y de las libertades fundamentales⁵. Por otro lado, cabe rechazar, cómo es lógico, el empleo de estas medidas investigadoras, las cuales invaden la esfera de vida privada de los ciudadanos, cuando se quiera investigar cualquier mínima sospecha de existencia de delito. En relación a esto último, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 abril 1990⁶, Caso Kruslin contra Francia, en la que declaró que “(33).*Las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas son un grave ataque a la vida privada...*” De manera que para acordar medidas que restringen esos derechos individuales es necesaria siempre una previsión legal suficiente y, en el caso, una previa y suficiente justificación.

2.2. Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones

En lo que respecta al derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma. Es decir, no hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la CE la retención, por cualquier medio, como la grabación, del contenido del mensaje. Quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que éstas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiendo así constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 de la CE.

2.3. Regulación legal de las intervenciones telefónicas

A nivel de la legalidad ordinaria, las intervenciones telefónicas han tenido una larga trayectoria de desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico. Aunque insuficiente en el momento actual en el que nos encontramos.

Curiosamente, la primera mención a este tipo de intervención de las comunicaciones telefónicas, aparece en el año 1981, en la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de

⁵ Art. 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: “*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (respeto a la vida privada), sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*”

⁶ STEDH, de 24 abril 1990. Kruslin contra Francia. Demanda núm. 11801/1985.

alarma, excepción y sitio. Pese a prever esta LO una situación atípica, e inusual, sí que es cierto que regula mínimamente⁷ el control de esta intervención, al establecer en su art. 18.1 que *“sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público.”* Y en su apartado 2 del mismo artículo, que *“La intervención decretada será comunicada inmediatamente por escrito motivado al Juez competente.”*

En el CP, por primera vez aparecen normalizadas en la LO 7/1984 que incorpora al Código Penal el delito de “escuchas telefónicas clandestinas”, delitos que, con algunas variaciones en el tipo y con un importante incremento de pena, pasaron a incorporarse a los arts. 536 y 197⁸ y 198 del CP de 1995 y, posteriormente, en el ordenamiento procesal, a través de la LO 4/1998 que modificó el art. 579 de nuestra LECrim en el sentido de incluir, como acto de investigación sumarial, expresamente las intervenciones telefónicas.

En cuanto a la regulación que se dio en la LECrim a este acto instructorio, en el citado art. 579, lo cierto es que resultó ser insuficiente, por el considerable número de lagunas que contiene en materias tales como:

- La ausencia de regulación de las comunicaciones telemáticas a través de “Internet” y de los datos externos de los correos electrónicos.
- La falta de determinación de los supuestos que justifican la intervención telefónica.
- La duración de la medida.
- El objeto y procedimiento de intervención y de transcripción en acta del contenido de los soportes magnéticos.
- La custodia y destrucción de los soportes magnéticos o telemáticos.

⁷ Regulación tan escueta, que respecto a la cual alguna sentencia del TS ya hace referencia, indicando que tal ausencia de regulación exhaustiva tuvo que ser en su día completada en cierto modo con jurisprudencia del TS. A esta situación se refiere la STS de 27 de julio de 2016 (Roj: STS 3691/2016 - ECLI: ES:TS:2016:3691) *“El dilatado retraso en el tiempo de tal regulación normativa, con entrada en vigor casi diez años después de la promulgación de la Carta Magna, lo que había obligado ya a una cierta elaboración jurisprudencial de los mínimos criterios rectores en esta materia.”*

⁸ El art. 197 fue reformado por la LO 5/2010 introduciendo en nuevo párrafo 3º, el cual, prevé como delito: *“El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.”*

- El valor probatorio de la prueba inconstitucionalmente obtenida.

Ausencia de regulación legal⁹ que conllevó a la condena del Estado español por la STEDH de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo c. España.¹⁰

Para colmar la laguna legal sobre esta materia, y aplicar la sentada doctrina del TEDH¹¹, la LO de 2015, de reforma de la LECrim, ha desarrollado una regulación más exhaustiva de las siguientes materias:

- Las intervenciones telefónicas y telemáticas: Recogidas en los arts. 588 ter a)-588 ter i).
- Sobre la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados: Regulado en el art. 588 ter j).
- El acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad: Recogido en los arts. 588 ter k)- 588 ter m).
- La captación y grabación de las comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos: Regulado en los arts. 588 quater a)- 588 quater e).
- La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización: Regulados en los arts. 588 quinquies a)- 588 quinquies c).
- El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información: Recogido en los arts. 588 sexies a)-588 sexies c).
- Los registros remotos sobre equipos informáticos: Regulados en los arts. 588 septies a)- 588 septies c)-.

⁹ Laguna legal, respecto a la cual alguna sentencia del TS ya hace referencia, indicando que la reforma de la LECrim no hace otra cosa, que incluir en esta materia requisitos y principios básicos, los cuales ya fueron establecidos sistemáticamente por la jurisprudencia ante la falta de normalización de los mismos. A esta situación se refiere la STS de 27 de julio de 2016 ya comentada, y la STS de 1 de junio de 2017 (Roj: STS 2800/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2800) *“Disposiciones legales que, en realidad, lo que han venido a consagrar normativamente no es otra cosa que los principios básicos y demás requisitos ya adelantados en su día, y a lo largo de más de dos décadas por la doctrina constitucional y la Jurisprudencia al respecto.”*

¹⁰ La cuantía de la condena al Estado español, fue de 7.000 euros por las costas legales del demandante.

¹¹ Además de por las “peticiones” provenientes del TS, cómo se aprecia en la STS de 18 de abril de 2013 (Roj: STS 1789/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1789) *“la normativa legal reguladora de las intervenciones telefónicas es parca y carece de la calidad y precisión necesarias, por lo que requiere imperativamente y sin más demoras una regulación completamente renovada, en una nueva Ley procesal penal que supere la obsolescencia de nuestra legislación decimonónica.”*

3. Principios

En el art. 588 bis a de la LECrim aparecen una serie de principios¹² que han de ser respetados cuando el juez decide que se lleve a cabo alguna de las medidas de investigación del presente capítulo. Dichos principios son los siguientes: el principio de especialidad, el principio de idoneidad, el principio de excepcionalidad y el principio de proporcionalidad de la medida.

La LECrim no indica expresamente un orden de análisis en cuanto a su cumplimiento, no obstante suscribo totalmente la opinión doctrinal de la profesora Regina Garcimartín Montero¹³, quien indica que *“La medida de investigación solo estará justificada si se cumplen todos los principios rectores; aunque un orden lógico exigirá su análisis en el orden en que los ha establecido el legislador, ya que contempla los principios del más genérico al más específico.”*

3.1. Principio de especialidad

En relación con el principio de especialidad, el art. 588 bis a señala que *“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.”*

Pueden obtenerse dos conclusiones de dicho artículo. En primer lugar, se hace referencia a la investigación de un delito concreto, a lo que hay que puntualizar que dicho delito concreto sólo puede ser alguno de los contemplados en el art. 579.1 LECrim, por tanto, delitos que se encuadran dentro de la denominación de dolosos, es decir, delitos menos graves y graves, criminalidad organizada y terrorismo.

¹² Una vez más, y en esta ocasión respecto a los principios que rigen el proceso, observamos cómo la jurisprudencia ya pone de manifiesto cómo se venían exigiendo previamente a la reforma de la LO 13/2015, aún sin una regulación concreta sobre la materia. En este sentido, el AAP de Barcelona de 26 de enero de 2017 (Roj: AAP B 1288/2017 - ECLI: ES:APB:2017:1288A), indica que estos principios que rigen la investigación tecnológica, *“(idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), valores todos ellos que han sido desarrollados durante años por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, de forma profusa y sobradamente conocida.”*

¹³ GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA., *Los Medios de Investigación Tecnológicos en el Proceso Penal*, 1ª edic., Aranzadi, Navarra, 2018, p. 32

En segundo lugar, dicho precepto de manera expresa prohíbe las denominadas medidas de intervención prospectivas¹⁴, es decir, aquellas que se lleven a cabo para descubrir delitos que puedan cometerse en un futuro. Por tanto, esta medida limitativa de derechos no es de aplicación para descubrir delitos, sino para investigar los ya definidos con anterioridad a la puesta en marcha de la medida. Así pues, será requisito necesario que en la solicitud de la intervención, bien la policía o bien el Ministerio Fiscal concreten los hechos investigados que legitiman la intervención y los indicios de criminalidad que demuestren su comisión, para que el Juez pueda ordenar la diligencia.¹⁵

La no observancia de este requisito esencial, comportará la nulidad radical, por ilicitud de la medida conforme al art. 11.1 LOPJ.¹⁶

3.2. Principio de idoneidad

Este punto tal y como establece la Ley, servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad. Debido a su extensión será analizado por separado en otros dos apartados, (ámbito de aplicación y plazo de duración, respectivamente).

¹⁴ Por su parte, y en relación con la prohibición de medidas prospectivas, la STS de 29 de mayo de 2012 (Roj: STS 3789/2012 - ECLI: ES:TS:2012:3789), así como más recientemente, la STS de 18 de abril de 2017 (Roj: STS 1594/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1594) establece que *“los poderes públicos no pueden inmiscuirse en la intimidad de los sospechosos, interceptando sus comunicaciones, con el exclusivo propósito u objeto de indagar a ciegas su conducta, por lo que la decisión jurisdiccional de intervención de las comunicaciones telefónicas tiene que estar siempre relacionada con la investigación de un delito concreto al menos en el plano indiciario (ver el vigente artículo 588 bis a2 de la vigente LECrim .), es decir, “no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva”*

¹⁵ STS 203/2015, de 23 de marzo. *“Es imprescindible que efectúe un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas. La suficiencia de los indicios para llegar a afirmar la probabilidad de esas conclusiones justificativas de las escuchas es una valoración que no puede hurtarse al Juez de Instrucción: no puede descansar exclusivamente en los agentes policiales. No basta con que éstos afirmen que tienen sospechas fundadas. Es necesario que aporten al instructor los elementos objetivos que apoyan ese juicio de probabilidad. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización.”*

¹⁶ Art. 11.1 LOPJ: *“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”*

3.3. Principios de excepcionalidad y necesidad

Ambos principios están íntimamente relacionados. En relación al principio de excepcionalidad, el numeral 4 del art. 588 bis a), establece que sólo será de aplicación esta medida, *“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, en virtud del apartado b) de mismo numeral, 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.”*

Es decir, el Juez a la hora de ordenar esta medida de investigación, deberá haber ponderado previamente, por un lado, la existencia de otras medidas menos gravosas para el investigado; y por otro lado, la posibilidad de determinar la autoría del delito y el paradero del investigado, sin tener que recurrir a esta medida. Por lo que se puede afirmar que esta medida la decretará el Juez sólo en última instancia, es decir, cuando no existan otros métodos menos perjudiciales para los derechos del investigado, en relación a determinar su autoría y en la existencia de un presunto delito.¹⁷

3.4. Principio de proporcionalidad

Conforme al art. 588 bis a), 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.”*

¹⁷ Un ejemplo de cómo el TS llega a justificar que en un caso concurren estos principios, es el siguiente. STS de 11 de mayo de 2016 (Roj: STS 2146/2016 - ECLI: ES:TS:2016:2146). *“En el caso actual nos encontramos precisamente ante un supuesto en el que concurren los principios de excepcionalidad y necesidad, porque la prolongación de la investigación policial externa sin resultados efectivos ha puesto de relieve que no están a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado que el recurso a la intervención de sus comunicaciones.”*

En relación a la adopción de estas medidas de investigación, se exige un estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, ya que con dicha investigación se está llevando a cabo una intromisión en los derechos fundamentales del investigado.¹⁸

El legislador en este precepto parece que estableció una serie de puntos objetivos (aunque abiertos a interpretación por parte del Juez) para ponderar las circunstancias del caso que invitarían a autorizar la adopción de la medida investigadora, frente a los intereses y derechos del afectado por la adopción de la medida. Pese a ser una lista en cierto modo acotada, es cierto que en ocasiones se ha dejado lugar a que el Juez de Instrucción apruebe que se cumple el principio de proporcionalidad, y autorice la medida teniendo en cuenta otros criterios y circunstancias.¹⁹

Cabe recordar, que siempre que se lleve a cabo un acto limitativo de algún derecho fundamental, hay que observar el principio de legalidad, es decir, que dicho acto esté previsto por la Ley, tal y cómo aparece establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁰, del cual España forma parte. En el caso que nos ocupa, esta premisa es cumplida ya que la LECrim, reviste la forma de Ley Orgánica.

¹⁸ STC 49/1999, de 5 de abril “*Del principio de proporcionalidad, cuya vigencia hemos reafirmado en el ámbito de las intervenciones telefónicas (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3º; 181/1995, fundamento jurídico 5º; 49/1996, fundamento jurídico 3º; 54/1996, fundamento jurídico 7º y 123/1997, fundamento jurídico 4º), se infiere inmediatamente que, tanto la regulación legal como la práctica de las mismas ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio.*”

¹⁹ El AAP de Barcelona de 26 de enero de 2017 (Roj: AAP B 1288/2017 - ECLI: ES:APB:2017:1288A) autorizó la medida de intervención telefónica atendiendo a criterios no previstos por la LECrim. El Auto trata sobre un caso de delito de lesiones, el cual no revestía especialmente gravedad, pero debido a las circunstancias en que se produce (agresión de 12 personas a una, con posibilidad de organización previa y motivación ideológica) son para el Juez motivos suficientes como para autorizarla, ya que “*tiene socialmente una gravedad que va mucho más allá de la gravedad de las lesiones finalmente causadas (dato éste aleatorio y azaroso).*”

²⁰ Art. 8.2 CEDH “*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención 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.*”

4. Ámbito de aplicación

Los ámbitos de aplicación a estudiar, van a ser dos. Un ámbito de aplicación objetivo, en el que se establece respecto a que tipo de delitos es de aplicación esta medida; y por otro lado, un ámbito de aplicación subjetivo en el que se describe respecto a quien se realiza o se puede realizar la intervención y bajo qué condiciones.

4.1. Ámbito de aplicación objetivo

Para la adopción de esta medida, se requiere que el hecho investigado se trate de un delito menos grave, grave, de criminalidad organizada, o terrorismo, previstos en el art. 579.1 LECrim. o bien de delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación, es decir, todas las comunicaciones escritas, orales, alámbricas e inalámbricas, radioeléctricas y telemáticas que aparecen previstas tanto en el art. 18.3 CE. como en el art. 558 ter a. de la LECrim. No obstante, la jurisprudencia del TC²¹ ha establecido que también pueden ser objeto de intervención telefónica, aquellos ilícitos penales leves, pero que tengan trascendencia social o económica, como por ejemplo los cometidos por funcionarios, dentro de los cuales cabría hablar del delito de prevaricación²², delito de tráfico de influencias,²³ malversación de caudales públicos,²⁴ etc. Por otro lado, dentro de estos

²¹ STC 104/2006. Este recurso se realiza frente a un delito contra la propiedad intelectual, cometido con el uso de nuevas tecnologías y una web. En principio es un delito menos grave, (art. 270 CP relacionado con el art. 33.2 CP), no obstante lo que legitimó el recurso limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, para proceder a su investigación por parte de la Brigada Provincial de la Policía Judicial de Barcelona solicitante de la autorización para la intervención telefónica, (en especial el contenido de la página web y la información remitida desde el correo electrónico de contacto que figuraba en ella), fue que *“más allá de la pena señalada al delito investigado, resultan evidentes la enorme trascendencia y repercusión social de las conductas objeto de investigación, por tratarse de cuestión íntimamente relacionada con la del uso y abuso de las nuevas tecnologías, y el grave perjuicio económico que son susceptibles de generar”*. No cabe duda que dicha trascendencia social en los delitos cometidos con el uso de las nuevas tecnologías es algo que está presente en un buen número de casos, ya que con ello, se consigue que haya una rápida difusión gracias a Internet, lo que hace que en el momento en que se adopta la medida, exista un hipotético perjuicio económico muy elevado, con independencia del perjuicio real producido en el caso.

²² Prevaricación, art. 404 CP.

²³ Tráfico de influencias, art. 428-431 CP.

²⁴ Malversación de caudales públicos art. 432 - 435 CP.

ilícitos leves con trascendencia social también nos encontraríamos ante aquellos que pudieran afectar al buen funcionamiento y al crédito de la Administración del Estado.

4.2. Ámbito de aplicación subjetivo

Por lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo, el art. 588 ter.b).2.II establece que no sólo será objeto de intervención el terminal o medio de comunicación del investigado, como veremos a continuación, sino también el de la víctima, siempre y cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad. En cuanto al teléfono o terminal del investigado, en la práctica cabe la posibilidad de que el terminal objeto de la intervención, pertenezca a una sociedad o a una persona física, con un cargo en la administración pública, un funcionario, por lo que dicho terminal es posible que se esté utilizando tanto para fines personales lícitos o propios de una actividad corriente de una sociedad, cómo para cometer un delito. En estos supuestos, el grupo investigador, deberá abstenerse de escuchar y grabar conversaciones que traspasen la esfera de la investigación del delito y entren en el de la vida personal o laboral.

4.2.3. Supuesto especial. Internos en centros penitenciarios.

En esta materia, la LO 1/1979 General Penitenciaria, permite las comunicaciones de los internos con sus familiares, amigos, representantes, abogados, procuradores, sin interferencias y respetando al máximo su intimidad.

No obstante, el art. 51.2 de esa misma Ley delimita dos excepciones, que permiten la intervención de las comunicaciones, y son cuando lo establezca una orden de la autoridad judicial, o en supuestos de terrorismo.

Es de gran importancia esta premisa, ya que, en principio, las comunicaciones entre el investigado y su abogado tienen carácter confidencial, con amparo en el art. 118.4 de la LECrim. No obstante, el mismo artículo deja la posibilidad de que sean intervenidas si así lo prevé la LO 1/1979 General Penitenciaria.

5. Requisitos formales

Ante este tipo de medidas es de gran importancia respetar una serie de requisitos formales. En este caso, corresponde al Juez de Instrucción ordenar su adopción, siempre en el seno de una instrucción y mediante resolución motivada.

Este deber de motivación es una exigencia legal, en la que el Juez deberá de justificar la necesidad de la medida, a fin de preconstituir la prueba necesaria para la actuación del ius puniendi del Estado. Es tal la importancia de esta motivación, que se prohíben las que se pueden realizar de manera preestablecida por un programa informático o mediante un formulario estándar, en las que no se valora la prueba indiciaria. Del mismo modo, tampoco será válida una motivación que se base a una remisión textual de la solicitud de la policía. No obstante, en el ámbito policial, será relevante que expongan de manera clara y explícita los indicios que acrediten la necesidad de la medida, ya que en ellos se habrá de fijar el juez para resolver si son suficientes para decretar la intervención telefónica o no. Estos requisitos cuentan con su fundamentación legal en los arts. 588 bis b). 2 de la LECrim. y 588 ter d).1.

Por otro lado, dicha resolución, (que tendrá forma de auto), deberá necesariamente contener el teléfono que va a ser objeto de la intervención, el destinatario de la medida, el hecho punible investigado y su calificación jurídica²⁵, la extensión de la medida de injerencia, la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención²⁶, la duración de la medida²⁷, la forma y la periodicidad con lo que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida, la finalidad perseguida con la medida y el sujeto obligado que llevará a cabo la medida.²⁸

²⁵ Tal y cómo aclara la STS de 8 de febrero de 2017 (Roj: STS 441/2017 - ECLI: ES:TS:2017:441) lo verdaderamente importante, no es la tipificación o calificación jurídica de los hechos (que se podrá realizar a posteriori), sino una descripción de los hechos a investigar “*lo verdaderamente decisivo, desde la perspectiva de la solicitud policial, no es la calificación jurídica, sino los hechos. Son éstos y no un precipitado-por prematuro-juicio de tipicidad, los que han de servir al órgano jurisdiccional para ponderar la pertinencia de la diligencia propuesta y su encaje en los principios constitucionales que justifican el sacrificio.*”

²⁶ Respecto a este requisito, el TS ha aclarado que es suficiente con que se designe a la unidad investigadora de la Policía, sin necesidad de precisar al agente facultado para seguir las escuchas. Vid. STS de 1 de junio de 2017 (Roj: STS 2800/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2800) “*la omisión de la designación del agente facultado para seguir las escuchas es irrelevante si tenemos en cuenta que es suficiente que la resolución se refiera a la unidad de policía judicial que tiene a su cargo la investigación del caso, pues sería absurda la designación insustituible de agentes concretos del equipo salvo razones extraordinarias que habría que justifica.*”

²⁷ En principio no podrá ser superior a tres meses. Aunque se prevé la posibilidad de prórroga de hasta dieciocho meses.

²⁸ Art. 588 bis c).3 de la LECrim.

Finalmente, y tras haber estudiado el juez de instrucción todos los elementos que harían posible o no la adopción de la medida, autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, una vez oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud.

6. Procedimiento de intervención y ejecución

Una vez que el Juez de Instrucción decreta la adopción de la medida, y por tanto la intervención telefónica, la policía judicial es la encargada de realizar el seguimiento de las escuchas, y las grabaciones en los correspondientes soportes magnéticos o electrónicos.

Posteriormente los originales de estas grabaciones han de ser trasladados al Juzgado para que sean oídos por el Tribunal o transcritos en un acta bajo la fe del Letrado de la Administración de Justicia.

El incumplimiento de cualquier parte de este proceso implicaría de facto la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, que establece el art. 24.2 CE.

La LECrim. en el art. 588 ter e. instaura el deber de colaboración tanto con el Juez, como con el Ministerio Fiscal y los agentes de la Policía judicial por parte de todo prestador de servicios de telecomunicaciones²⁹, así como de cualquier persona que pueda contribuir a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Además estos sujetos tienen la obligación de colaborar, bajo la premisa de incurrir en delito de desobediencia. Por otro lado, este precepto indica que dichos sujetos requeridos deberán guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades, puesto que se encuentran inmersos en una medida de investigación sobre un presunto delito.

6.1. Sistema de escuchas telefónicas SITEL

El Sistema de escuchas telefónicas (SITEL) fue implementado en España por la Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. En un primer momento, su

²⁹ Obligación ésta, que aparece también en el art. 1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

legalidad quedó en entredicho, ya que afectaba a derechos fundamentales tales como el derecho a la intimidad personal o el derecho al secreto de las comunicaciones. A este respecto, el TS realizó varios pronunciamientos en pro de este sistema³⁰, asegurando que era más garantista que el anterior, ya que en definitiva, lo que se conseguía era obtener la grabación en un formato de DVD, en lugar de cintas magnetofónicas, dificultando de esta manera una posible manipulación sin dejar huella en el disco central.

Por destacar alguno de estos pronunciamientos a modo de ejemplo, citar la STS de 23 de marzo de 2009³¹ en la que el Tribunal viene a afirmar que no tiene relevancia que ocurre con las conversaciones tras haber sido obtenidas e incorporadas al proceso, es decir, si su tutela queda bajo el control del Ministerio del Interior o de la autoridad judicial. Sino que lo que en realidad importa para que sea un medio de prueba válido y que ha respetado las garantías del art. 24.2 CE, es si se respetaron esas garantías en el momento de su obtención y en el de su incorporación a las actuaciones.

Otro pronunciamiento a tener en cuenta, podría ser el de la STS de 5 de noviembre de 2009³² en la que el Tribunal desestima un recurso contra esta prueba ya que sí se lleva a cabo cumpliendo todos los requisitos formales, es un sistema de obtención de pruebas totalmente válido y constitucional.

Por otro lado, la Fiscalía General del Estado emitió una Circular en el año 2013³³ en defensa de este sistema, actualizado debido a las mejoras e innovaciones tecnológicas producidas a nivel mundial. Esta circular incluye pautas metodológicas de actuación de cara a los Fiscales, ya que son el órgano encargado de supervisar y acreditar que la actuación del instructor haya sido plenamente respetuosa con los derechos fundamentales de quienes están sometidos a esta medida de investigación. Cabe decir, que esta Circular no es un documento que carezca de una buena fundamentación, sino todo lo contrario, puesto que su elaboración se realizó a partir de la anterior Circular de la FGE³⁴ del año 1999 sobre la misma materia (de hecho, incluye criterios de actuación que aún siguen

³⁰ STS del 12 de marzo de 2009 Roj: STS 1646/2009 - ECLI: ES:TS:2009:1646. En las que el Tribunal no cuestiona la obtención de grabaciones obtenidas por este sistema, sino que lo considera preferible a otros modos de intervención anteriores al mismo.

³¹ STS de 23 de marzo de 2009. Roj: STS 1636/2009 - ECLI: ES:TS:2009:1636

³² STS de 5 de noviembre de 2009. Roj: STS 6864/2009 - ECLI: ES:TS:2009:6864

³³ Circular FGE 1/2013, de 11 de enero.

³⁴ Circular FGE 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales.

siendo útiles en relación con los avances tecnológicos producidos hasta la fecha), y de todos los pronunciamientos y la evolución jurisprudencial que se ha producido en este campo.

6.2. Funcionamiento del SITEL

El SITEL³⁵ o Sistema integrado de interceptación telefónica es una herramienta que sirve para interceptar las llamadas telefónicas fijas y móviles, SMS y navegación por Internet. Su titularidad la ostenta el Ministerio del Interior español y a él pueden acceder exclusivamente los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y el CNI, lo cual se hace en colaboración con todas las operadoras de telefonía.³⁶

El sistema se articula a través de tres principios de actuación³⁷: En primer lugar, se caracteriza por ser un sistema centralizado, cuyo servidor se encuentra en la sede central de la Dirección General de la Guardia Civil, desde dónde se distribuye la información recabada de las operadoras de comunicaciones a los distintos usuarios implicados; en segundo lugar, es un sistema que se podría calificar como seguro, desde dos niveles, uno central, dónde se almacena la información y se distribuye contando para ello con sistemas de seguridad y operarios específicos, y otro nivel periférico, que son los ordenadores específicos de la Unidad encargada de la investigación y responsable de la intervención de la comunicación. Estos ordenadores cuentan con un sistema de conexión con sede central propio y seguro, y cada usuario de la Unidad de investigación necesita para acceder al mismo una clave personal de autorización, pues están codificados; por último, en tercer lugar, este sistema se caracteriza por la automatización con la idea y la necesidad de modernizar el funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones, haciéndolo más seguro, reduciendo costes y espacio de almacenamiento, y sobre todo, adaptándolo al uso de los nuevos dispositivos de almacenamiento.

El proceso de funcionamiento del sistema es el siguiente.³⁸ Una vez recabada la correspondiente autorización judicial, los agentes se ponen en contacto con la compañía

³⁵ Breve vídeo explicativo de un reportaje de “la sexta columna” http://www.lasexta.com/programas/sexta-columna/noticias/asi-escucha-sitel-buque-insignia-espionaje-espanol-adquirio-gobierno-aznar_2017031758cc4b020cf2453280c46994.html

³⁶ <http://www.microsiervos.com/archivo/seguridad/que-es-sitel-interceptar-comunicaciones-telefonicas.html>

³⁷ STS de 13 de marzo de 2009 Roj: STS 2152/2009 - ECLI: ES:TS:2009:2152

³⁸ http://www.teinteresa.es/espana/SITEL-avanzado-escuchas-telefonicas-whatsapp_0_1261674777.html

telefónica para solicitarle que libere la línea para intervenir el teléfono objeto de la investigación. Posteriormente, los agentes introducen una clave que los identifica, de forma que quedará registrado a qué hora hizo uso del sistema, durante cuánto tiempo y en qué terminal.

La operadora afectada envía los datos que se reciben en el Servidor Central de monitorización con que se cuenta en los cuarteles de la Policía y la Guardia Civil, que tienen también ramificaciones en las distintas unidades de investigación policial de toda España. Todos los datos obtenidos quedan almacenados en un disco duro.

En cuanto a la información aportada por este sistema: recoge la fecha, hora y duración de las llamadas; el identificador de IMEI³⁹ y número de móvil afectado por la intervención; distribución de llamadas por día; repetidor activado y mapa de situación del mismo; número de teléfono que efectúa y emite la llamada o contenido de la información. Lo característico de este sistema, es que no sólo permite recabar información sobre conversaciones realizadas de forma oral (a través del contenido de las capetas de audio), sino también por escrito (SMS o correos electrónicos). Así pues, en el caso de la

³⁹ El IMEI es un identificador único que tiene cada teléfono móvil. Cuando un dispositivo se conecta a una red le envía automáticamente este identificador. El IMEI de un móvil tiene 15 cifras. El código consta de cuatro: TAC o Type Allocation Code: Compuesta por los primeros 6 dígitos. De ellos, los primeros dos indican el RBI, la cual es la organización encargada de regular el teléfono vendido, y por lo tanto el país donde se ha fabricado; FAC o Final Assembly Code: Compuesta por los siguientes dos dígitos, que indican el fabricante del equipo; Número de serie: Son los seis dígitos siguientes, e indican el número de serie del teléfono (SNR); Código verificador: Es el último dígito del IMEI, y se trata de un número con el que se verifica que el IMEI es correcto.

Definición e información, obtenida de: <https://www.xataka.com/basics/que-es-el-imei-y-como-consultar-el-numero-en-tu-movil>

En el sentido más estrictamente jurídico, que en definitiva es lo que nos ocupa, la jurisprudencia del TS ha declarado que tanto la identificación del IMSI, IMEI, e IP, no suponen la vulneración ni del derecho al secreto de las comunicaciones ni del derecho a la intimidad, tal y cómo declaró la STS de 16 de diciembre de 2013 (Roj: STS 6389/2013 - ECLI: ES:TS:2013:6389) *“El IMEI o International Mobile Equipment Identity (Identidad Internacional del Equipo Móvil), identifica con su número de serie al equipo. Se puede conocer tecleando "asterisco, almohadilla, 06, almohadilla", sin que para ello sea necesario, ni por ello implique, el acceso a ningún dato de la memoria de dicho equipo.”* Y a raíz de ello, obtener la información suficiente para solicitar al Juez Instructor que ordene la identificación por el operador a través del operador de los números de teléfono que corresponden tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones.

intervención de correos electrónicos, todos los mensajes enviados y recibidos a la cuenta intervenida son desviados a un correo creado por el agente.

Por último, tras realizar la investigación y supervisión del contenido, se confeccionan las diligencias del informe que se entregará a la Autoridad Judicial, junto con un DVD en el que se ha volcado toda la información desde el Servidor Central y que se constituye como la única versión original.

6.3. Las dificultades de SITEL frente a Whatsapp

El sistema es también capaz de intervenir mensajes de servicios de mensajería instantánea como Whatsapp. No obstante, desde el año 2014 se están encontrando problemas para acceder a esta nueva vía de comunicación, cada vez más utilizada.

A principios del año 2014 la Confederación Española de Policía remitía una queja al Consejo de la Policía por la imposibilidad de interceptar comunicaciones a través de WhatsApp, cuando aún no se había lanzado el 'cifrado de extremo a extremo' como nueva característica de este servicio de mensajería. Y ese mismo año, concretamente en noviembre, la plataforma se actualizaba para introducir este sistema de seguridad.

WhatsApp nunca ha hecho oficial el tipo de claves que utiliza en el cifrado de extremo a extremo, pero el funcionamiento de este sistema criptográfico se puede comprender con un esquema muy básico. Mientras que anteriormente los mensajes se intercambiaban en texto plano, desde finales de 2014, estos mensajes entre dos usuarios se envían emparejados a claves aleatorias para descifrar su contenido. Es decir, que sin estas claves lo único que se puede leer en un mensaje son combinaciones 'aleatorias' de caracteres, sin sentido alguno⁴⁰.

Para llevar a cabo esta encriptación Whatsapp utilizó el protocolo TextSecure, desarrollado en la compañía de seguridad Open Whisper Systems. Esta compañía de encriptado se ha dedicado a crear toda suerte de barreras de seguridad. De esta manera, y de forma paulatina, la encriptación ha ido extendiéndose a más funciones del servicio de WhatsApp, protegiendo los mensajes, pero también las llamadas, las fotografías, los vídeos e incluso los documentos compartidos a través de los chats.

Este sistema de seguridad adaptado a WhatsApp consiste en el uso de un código que codifica el mensaje del emisor antes de salir del móvil, pasando temporalmente por los

⁴⁰ Artículo de Carlos González

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/02/10/smartphones/1455085989_919306.html

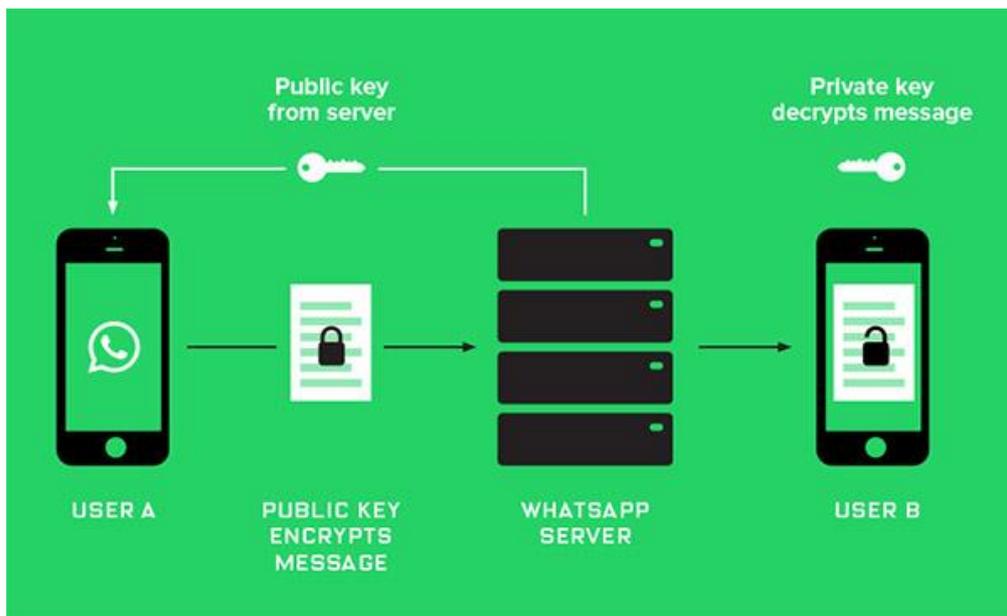
servidores de la compañía ya cifrado, y descodificándose una vez que entra en el móvil del receptor con el mismo código. Lo fundamental en este proceso es la clave de encriptación, la cual solo es conocida por el terminal emisor y por el terminal receptor. De extremo a extremo. Esto se traduce en la imposibilidad de que terceros, e incluso la propia WhatsApp, puedan leer la información que se transmite en los mensajes o en cualquier otro contenido enviado, ya sea mediante un chat individual o grupal.⁴¹

Esta encriptación, denominada de extremo a extremo, además, crea un código diferente para cada mensaje que se envía y que, de nuevo, sólo puede ser descifrado por el receptor. Tal y como explica el perito informático y experto en seguridad, Carlos Aldama, si llegaran a descifrar una clave, lo único que se habría logrado es invertir mucho tiempo para leer un único mensaje, ya que la protección se actualiza para cada contenido enviado, creando nuevas barreras que “llevarían muchos años y mucha suerte descifrar”, según comenta.

Sin embargo, la comunicación no es totalmente privada, existiendo otras partes de WhatsApp a través de las cuales se puede acceder a comunicaciones. Un buen ejemplo es el almacenamiento de datos en el dispositivo, que no cuenta con tanta seguridad y cuyos datos se pueden leer siempre y cuando se tenga acceso al terminal de forma física, además de los conocimientos informáticos y las herramientas necesarios.

También son más accesibles los datos acerca del terminal, la cuenta del usuario, su conexión, sus horas de actividad en la aplicación y otras cuestiones que esta aplicación también registra. En este caso hablamos de metadatos que WhatsApp no sólo conoce, sino que también almacena en sus servidores y que no están cifrados. Es decir, que en caso de ser intervenidos por un tercero, pueden ser leídos por no llevar ningún tipo de protección.

⁴¹ Artículo de David G. Mateo <https://www.tuexpertoapps.com/2016/04/08/como-funciona-la-seguridad-de-whatsapp/>



42

De esta forma, la aplicación sigue siendo vulnerable ante ataques de aplicaciones espía o ante el robo de información cuando se tiene acceso directo al terminal, pudiendo conocer los contenidos.

7. Plazo de duración y prórrogas

En cuanto a la duración de la medida, se establece una norma general, según la cual en principio no podrá ser superior a tres meses, a contar desde la fecha de la autorización judicial.

No obstante, este plazo general, puede ser prorrogable por períodos sucesivos también de tres meses, siempre que subsistan las causas que lo motivaron, y hasta un total de dieciocho meses.

Es importante respetar los plazos, porque si la medida se desarrollara una vez expirado el plazo de tres meses, y previamente a la autorización la prórroga, ésta se reputaría como nula.

Al igual que cuando se inició la medida, la prórroga deberá contar con la autorización del Juez de Instrucción, y con la correspondiente motivación. El elemento clave para la

⁴² Infografía vía Wired: El usuario A pide a un servidor de WhatsApp una clave pública que se aplica también al usuario B. A continuación, el usuario A utiliza la clave pública para cifrar el mensaje. La clave privada del usuario B (sólo disponible en su teléfono) descripta el mensaje.

Imagen proveniente de <https://www.tuexpertoapps.com/2016/04/08/como-funciona-la-seguridad-de-whatsapp/>

autorización de la prórroga de la medida, será la aportación por parte de la Policía Judicial al Juez instructor, de la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones que ya han sido escuchadas, y de las que se dependen información suficientemente relevante cómo para que a juicio del Juez se deba mantener la medida investigadora⁴³. Además de esta aportación, el Juez antes de decidir aprobar la prórroga, puede solicitar una mayor información, aclaraciones, o incluso el contenido íntegro de las conversaciones ya intervenidas.

La interpretación mayoritaria que se realiza del art. 588 bis f 1 b) LECrim. está encaminada a que tal y como dispone el legislador, si la medida investigadora en un primer momento no ha obtenido resultados relevantes o los deseados, en principio el Juez debería dar por terminada la misma (art. 588 bis j) LECrim); no obstante, cabe la posibilidad de que se acuerde una prórroga de la medida (pese a esos resultados negativos) sí la unidad investigadora consigue justificar motivos por los que la investigación en adelante puede ser fructífera, y el Juez está de acuerdo con esa motivación.

Un último apunte sobre la prórroga, es que en el caso de que la resolución inicial estuviese viciada, ese vicio, se extenderá a las prórrogas posteriores que se soliciten, y los resultados obtenidos en esas sucesivas medidas de investigación no podrán ser tenidas en cuenta en el proceso.⁴⁴

8. Reproducción en el juicio oral y valor probatorio

Una vez comenzada la fase del juicio oral, la prueba (la intervención) se puede practicar ante el tribunal decisor mediante dos posibles maneras. Una manera, la más frecuente, es mediante la audición de los soportes electrónicos en el juicio oral. La otra forma, es la

⁴³ Caso particular, es aquel en el que a raíz del resultado de unas escuchas, se solicita una ampliación para investigar otros delitos, aún sin ampliar los números intervenidos, ni los sujetos, cómo ocurre en la STS de 19 de abril de 2017 (Roj: STS 1642/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1642). Situación particular que será analizada con más detalle en el epígrafe 10 del trabajo.

⁴⁴ Tal y cómo se expone perfectamente en la STS de 1 de diciembre de 2016 (Roj: STS 5282/2016 - ECLI: ES:TS:2016:5282) *“Ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediabilmente las ulteriores de ella derivadas.”*

lectura del acta por parte del Letrado de la Administración de Justicia. Opción esta última, lógicamente sólo posible si se efectuó en la instrucción una transcripción de las grabaciones.

La jurisprudencia del TS⁴⁵ ha declarado que el único material probatorio que es imprescindible, son las cintas grabadas (DVD), fuente original de la prueba, y no su transcripción, la cual entienden, que solo constituye un medio contingente, (y por tanto prescindible), que facilita la consulta y constatación de las cintas.

En cualquier caso, el procedimiento protocolario que entiende el TS que se ha de seguir para la incorporación de las escuchas y su posterior utilización como prueba en el juicio es el siguiente:

1. La aportación de las cintas.
2. La transcripción mecanográfica de las mismas, bien integra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas.
3. El cotejo bajo la fe del Secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue (cómo es habitual) a los funcionarios policiales.
4. La disponibilidad de este material para las partes.
5. Y finalmente la audición o lectura de las mismas en el juicio oral. Dando así cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional.

En cuanto a su valor probatorio, y según lo hasta aquí expuesto, *“las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe pública del Secretario Judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, puedan ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo, siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo”*.⁴⁶

⁴⁵ STS de 26 de junio de 2015. (Roj: 3247/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3247)

⁴⁶ Sentencia de 22 de octubre de 2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara. Roj: SAP GU 465/2014 - ECLI: ES:APGU:2014:465

9. Eficacia refleja de la prueba prohibida. Teoría refleja y teoría directa

El art. 11.1 de la LOPJ establece la idea de que en ningún procedimiento, podrán surtir efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

Idea ésta, que también encuentra amparo del Tribunal constitucional. Tal y cómo ha sentado con su jurisprudencia,⁴⁷ en el supuesto en el que la intervención telefónica se haya adoptado vulnerando el art. 18.3 CE o de cualquier otro derecho fundamental, esa prueba obtenida será nula, y por lo tanto el Tribunal no podrá basarse en ella para dictar una sentencia condenatoria. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que una sentencia condenatoria, en la que se ha infringido el art. 18.3 CE conllevaría también transgredir el art. 24.2 CE relativo a un proceso con todas las garantías, ya que el interés que está protegiendo este artículo, es al de no ser condenado por una prueba la cual ha sido obtenida con violación de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales.

Por tanto, una posible definición de prueba prohibida, sería aquella que se ha obtenido mediante la infracción de una norma de rango constitucional que consagra un derecho fundamental. Dentro de esta definición, es importante remarcar el momento temporal en el que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, y que viene a ser durante el desarrollo de la actividad investigadora para la averiguación de hechos objeto de enjuiciamiento; y no en el momento de su incorporación al proceso (durante la práctica de la prueba en el juicio oral).

Ahora bien, llegados a este punto, será necesario resolver la cuestión de si la prohibición de valoración de esta prueba queda ceñida al material contenido en la grabación y las pruebas que directamente se desprendan de ella, o si esta nulidad se extiende a todas las pruebas que directa o indirectamente tengan como causa aquella prueba de valoración, es decir, nuevas pruebas que pudieran derivar en la investigación de otro caso o que incluso produjesen la averiguación de nuevo material probatorio en el mismo caso.

La respuesta que ha dado la mayoría de la doctrina científica, pasa por admitir lo que se conoce como “efectos reflejos de la prueba”, los cuales tienen su origen en la expresión “*fruit of the poisonous tree doctrine*” americana, y que consiste en negar el valor de otras pruebas que han sido obtenidas quizás lícitamente, porque su fuente de origen está viciada, por esa prueba prohibida.

⁴⁷ STC 81/1998, de 2 de abril.

La jurisprudencia, en especial la procedente de la Sala 2ª del TS, ha sido altamente voluble, especialmente entre los años 1994 a 1998. Período éste en el que tan pronto se rechazaba la operatividad de la teoría refleja, cómo que se admitía la misma, pronunciamientos contrarios incluso durante el mismo año. Aún con todo, se podría afirmar que en el balance final, muestra una clara inclinación jurisprudencial por limitar la ineficacia solamente a la prueba originalmente ilícita.

Este asunto ha sido tan controvertido, que incluso el TC ha mantenido una doctrina cambiante. Y es que, desde la incorporación a nuestro Derecho de la regla de exclusión probatoria, proveniente de la jurisprudencia estadounidense, el TC ha estado modulando los efectos derivados de su aplicación.

9.1. La prueba prohibida en la jurisprudencia del TC

El desarrollo de esta teoría en el Ordenamiento procesal español, se ha visto dividida a lo largo de los años por dos grandes líneas jurisprudenciales. Antes de ver su evolución, a groso modo se podría decir que pese a las numerosas resoluciones en las que el TC ha admitido los efectos reflejos de la prueba prohibida, lo cierto es que mayoritariamente se ha decantado y consolidado por la opción de la teoría directa, en la que se impone una prohibición absoluta a valorar pruebas obtenidas con la vulneración de derechos fundamentales.

En un primer momento, desde el año 1994 se opta por la aplicación de la teoría indirecta o refleja, línea jurisprudencial iniciada por la paradigmática STC 85/1994 de 14 de marzo. El sentido de esta teoría, reside en el presupuesto de la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre la ilicitud en la adquisición de una primera prueba, y el resultado logrado a partir de ella, es decir, conseguir otra prueba derivada. Pues bien, cómo es evidente la primera prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, carecerá de valor probatorio, efecto que se extenderá a la segunda prueba, siguiendo la lógica de que ésta última no podría haberse obtenido sin un previo conocimiento obtenido de forma ilícita.⁴⁸ Por tanto, la incorporación al proceso de elementos probatorios ilícitamente logrados, siquiera a través de medios probatorios legítimamente practicados, quedaba así prácticamente vetada en el Ordenamiento Jurídico español.

⁴⁸ Por citar algunos ejemplos de pronunciamientos. SSTC 181/1995, 49/1996, 54/1996.

Años más tarde, hacia 1998, el TC a la vista del desorbitado alcance que se da en ocasiones a la sanción procesal del art. 11.1º LOPJ, da un vuelco a esta situación, cambiando su modo de parecer respecto a esta teoría.

A partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, se modifican los parámetros en la ponderación de los intereses en juego que se han de llevar a cabo para determinar la validez o ineficacia de pruebas, quizás lícitas, pero derivadas de otras ilícitas. Dicho de otra manera, se sentó la base con unos nuevos criterios para determinar el alcance de la ineficacia de la prueba prohibida, el cual, ya se puede adelantar, que no va a tener cómo “regla general” que transmitirse o alcanzar a toda otra que tenga en ella su origen.

El Tribunal cómo es evidente, mantiene la nulidad o ineficacia de todo elemento probatorio obtenido vulnerando derechos fundamentales. No obstante, deja a criterio y valoración del juzgador la validez de las pruebas obtenidas indirectamente. Establece un modelo en el que rige la validez de las pruebas reflejas. No obstante, esta regla podrá verse excepcionada, cuando concurran las siguientes causas.

Por un lado, que exista un vínculo o nexo causal entre la primera prueba obtenida vulnerando algún derecho fundamental y la que se pueda derivar de aquella primera. Y por otro lado, que exista lo que denomina “conexión de antijuridicidad”, que es un criterio que obliga a realizar un análisis en dos niveles.

En un primer nivel encontraríamos con lo que se denomina perspectiva interna, en él el Tribunal habrá de determinar si la prueba derivada o refleja se puede considerar jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, en el sentido de sí podría haber sido adquirida con medios distintos; mientras que en un segundo nivel, encontraríamos la denominada perspectiva externa, en la que él Tribunal deberá comprobar si la prohibición de valoración viene o no exigida por las necesidades de tutela del mismo derecho fundamental.

A raíz de esta nueva teoría y por ende, línea jurisprudencial, sentada por sentencias como por ejemplo, STC de 6 de mayo de 2006, o STC de 24 de octubre de 2005, el TC ha admitido, aunque con carácter excepcional, la validez de ciertas pruebas, enlazadas o que derivan de una prueba previa que ha vulnerado un derecho fundamental. Pero para tal admisión han debido ser consideradas por el Tribunal como jurídicamente independientes de la viciada en origen, a partir de la apreciación de un elemento de desconexión causal. En tal caso, sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales del

mismo, cabrá entender su valoración cómo válida y legítima, al no contrariar ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

En el caso excepcional de que el Tribunal fundara su convicción sobre otras pruebas distintas a la de la intervención telefónica, por entender la ilicitud de ésta, deberá justificar en la Sentencia, el juicio de desconexión de dichas pruebas con respecto a la escucha telefónica inconstitucional.

Mi modesta opinión es que es todo un acierto la dirección que ha tomado en TC respecto a este asunto. Ya que secundar cualquiera de las dos teorías en su vertiente más estricta, llevaría a situaciones de injusticia desde cualquier punto de vista. Es decir, de secundar la teoría directa de manera absoluta se podría estar incentivando la vulneración del art. 18.3 por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, ya que la práctica de una escucha ilegal (por ejemplo, sin resolución judicial), sería inconcebible como diligencia reproducible en el juicio oral, pero sí que dejaría la opción de introducirla en el proceso mediante declaración testifical. En el caso totalmente opuesto, de secundar la teoría refleja de forma íntegra, se desprotegería a la sociedad en su conjunto, ya que no se podrían perseguir delitos cuyo descubrimiento e investigación estuvieran relacionados con una escucha ilegal, (por ejemplo podría quedar impune, el descubrimiento casual de un delito de homicidio, en una escucha autorizada para la persecución de un delito de narcotráfico). Por tanto he de reconocer el mérito del TC a la hora de optar por el modelo de la teoría directa pero modelándola con la doctrina de la relación de antijuricidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 10ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 195-207.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 7ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 142-152, 186-199.

CASABIANCA ZULETA, P., *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, 1ª edic., Bosch, Barcelona, 2016.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, 8ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 259-260, 282-294.

GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA., *Los Medios de Investigación Tecnológicos en el Proceso Penal*, 1ª edic., Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 11-100.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 4ª edic., Colex, Madrid, 2014, pp. 280-290.

ZOCO ZABALA, C., *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*, 1ª edic., Aranzadi, Navarra, 2016.