

Alfonso Allué Fuentes

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.
Socio de la FICP.

~El nuevo régimen de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras su reforma por la Ley Orgánica 13/2015: principios rectores y presupuestos. Referencias a la solicitud de intervención y a la resolución judicial habilitante~

I. INTRODUCCIÓN

Tanto las comunicaciones telefónicas como las que se sirven de un formato telemático presentan un elemento en común de naturaleza constitucional: el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 de la Constitución Española (CE). Dicho carácter secreto ya fue interpretado por la STC 114/1984, de 29 de noviembre, como un instrumento al servicio de la libertad: la Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones precisamente para que éstas puedan realizarse con libertad, sin importar el medio a través del cual se produzcan¹. Además, también comparten los mismos principios rectores y garantías procesales cuando se trata de su interceptación. Sobre esta base, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, ha introducido un cambio de primera magnitud al diferenciar expresamente y por primera vez en el texto legal entre comunicaciones telefónicas y telemáticas, como se desprende de la rúbrica del Capítulo V del Título VIII, Libro II. A partir de ahora, cada una de estas formas de intercomunicación goza de sustantividad propia y merece un tratamiento diferenciado, por lo que el correo electrónico, los mensajes multimedia y cualquier otra modalidad de mensajería instantánea dejan de considerarse meros datos electrónicos asociados a las comunicaciones telefónicas, y ello sin perjuicio de la necesidad de contar con una resolución judicial que constituya el presupuesto habilitante del acto de injerencia, cualificada por un reforzado deber de motivación.

En el ámbito de una investigación penal, la necesidad de invadir el espacio comunicativo ha de aparecer debidamente justificada por el Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial, y después validada por el órgano jurisdiccional, a quien corresponde efectuar un juicio de ponderación entre el interés público, referido a la persecución del hecho punible, y

¹ DE LEÓN JIMÉNEZ, M.C., La intervención de las comunicaciones: escuchas telefónicas. Jurisprudencia del TC, del TS, del TEDH, Revista Foro FICP, 2015-3, p. 364.

el interés particular del investigado en preservar su derecho al secreto de las comunicaciones. Por eso hay que tomar en cuenta que tras la mencionada reforma de la ley procesal no cabe seguir considerando que otras formas de comunicación posibles, además de la telefónica, sean elementos secundarios o accesorios de esta última, implícitamente sacrificables y sin necesidad de motivación alguna; mantener esta posición supondría defender una idea especialmente estrecha acerca de los derechos fundamentales².

El texto actual viene a paliar la inseguridad jurídica que generaba la redacción anterior del art. 579 LECrim, cuyas insuficiencias tenían que ser reducidas mediante declaraciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo³. Precisamente la STS 999/2004, de 19 de septiembre, que resume la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴, indica que “las interceptaciones de las comunicaciones deben siempre fundarse en una ley de singular precisión, clara y detallada, han de someterse a la jurisdicción y perseguir un objeto legítimo y suficiente y ser realmente necesarias para alcanzar éste, dentro de los métodos propios de una sociedad democrática, debiendo además posibilitarse al propio interesado el control de su licitud y regularidad, siquiera fuere *ex post* a la práctica de la interceptación”.

II. PRINCIPIOS RECTORES DE LA MEDIDA DE INJERENCIA

La legitimidad del acto jurisdiccional de injerencia en el secreto de las comunicaciones descansa en los principios que expresamente contempla el art. 588 bis.a LECrim. Tales principios ya han sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional con anterioridad a la reforma, como a título ilustrativo acontece en la STC 253/2006, de 11 de septiembre: “... en el momento de adoptar su decisión, el Juez ha de atender, en primer lugar, a la proporcionalidad, en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad no sólo debe atenderse a la previsión de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar. En segundo lugar, a la especialidad, en tanto que la intervención ha de estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida a través de la precisión del hecho que se trata de

² MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, pp. 200-203.

³ DE LEÓN JIMÉNEZ, M.C., La intervención de las comunicaciones (...), Revista Foro FICP, 2015-3, p. 365.

⁴ SSTEDH 6-9-1978 (caso Klass); 25-3-1983 (caso Silver); 24-4-1999 (caso Huvig y caso Kruslin).

investigar y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir. Y, en tercer lugar, a la excepcionalidad o idoneidad de la medida, ya que sólo debe acordarse cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación”.

También el Tribunal Supremo, por su parte, ha desarrollado en diversidad de sentencias los requisitos de legitimidad y validez de las intervenciones, exigiendo: exclusividad jurisdiccional y finalidad exclusivamente probatoria (STS 12 de septiembre 1994); excepcionalidad de la medida y proporcionalidad (STS 20 de mayo 1994); limitación temporal (STS 9 de mayo 1994); identificación de los sujetos implicados, sean titulares o meros usuarios (STS 25 de junio 1993); indicios delictivos y no meras conjeturas o sospechas (STS 18 de abril 1994); un procedimiento penal abierto (STS 25 de marzo 1994); resolución judicial motivada (SSTS 18 de abril, 20 de mayo y 12 de septiembre 1994); y control judicial de la intervención (STS 18 de abril 1994)⁵.

En síntesis, los principios que han de inspirar la medida de injerencia son los siguientes:

1. Principio de especialidad.

La especialidad prohíbe las denominadas “intervenciones prospectivas”, que se inmiscuyen en la intimidad del sospechoso con la sola finalidad de indagar lo que pueda hallarse. Esta finalidad de prospección queda neutralizada por el requerimiento de que se acuerde la medida de injerencia para la investigación de un delito concreto cuyos indicios ya constan en un estado incipiente del proceso (art. 588 bis.a.2). En palabras de la STS 393/2012, de 29 de mayo: “... no cabe decretar la intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco...”.

2. Principio de idoneidad.

Sirve para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad (art. 588 bis.a.3). Es decir, que la resolución habilitante de la injerencia ha de

⁵ DE LEÓN JIMÉNEZ, M.C., La intervención de las comunicaciones (...), Revista Foro FICP, 2015-3, pp. 368-369.

llevar a cabo un juicio de idoneidad sobre su ámbito y el fin que la justifica, especificando entre otros aspectos su duración.

3. Principios de excepcionalidad y necesidad.

Responden a la idea de ausencia de alternativa investigadora, por cuanto según dispone el art. 588 bis.a.4 solamente podrá acordarse la medida de injerencia en dos supuestos:

a) Cuando en la investigación que se está desarrollando no existen otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho.

b) Cuando el desenvolvimiento de la actividad instructora se vea gravemente dificultado sin el recurso a esta medida.

Consecuencia de este principio es que la medida de injerencia en las comunicaciones no constituye un medio ordinario o normal de investigación, sino precisamente excepcional por ser limitador de un derecho fundamental, por lo que el recurso al mismo habrá de ser restringido: se requiere su solicitud durante una actividad inicial instructora, precedida de una suficiente investigación policial cuyo avance necesita, por su dificultad, de una intervención de las comunicaciones. De este modo, la excepcionalidad se complementa con otros principios como los de idoneidad, necesidad y subsidiariedad, formando en conjunto un todo inseparable⁶.

4. Principio de proporcionalidad.

Como ya se ha indicado anteriormente, corresponde al órgano jurisdiccional efectuar un juicio de ponderación entre el interés público, referido a la persecución del hecho punible, y el interés particular del investigado en preservar su derecho al secreto de las comunicaciones. Así se desprende del art. 588 bis.a.5, según el cual la valoración del interés público, en su ponderación con otros intereses en conflicto, se somete a determinados parámetros como la gravedad del hecho, su trascendencia social, el ámbito tecnológico de su producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

⁶ GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto de la Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, Revista Foro FICP, 2015-3, p. 282.

En tema de proporcionalidad, la STC 96/2012, de 7 de mayo, con cita de otras, declara que “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios para otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Sobre esta base, la proporcionalidad exige que la investigación recaiga sobre algún delito grave, con el fin de que exista una ponderada adecuación entre el mismo y la vulneración del derecho fundamental para facilitar su descubrimiento⁷.

III. PRESUPUESTOS DE LA MEDIDA DE INJERENCIA

La aplicación combinada de los arts. 588 ter.a y 579.1 LECrim ofrece el repertorio de delitos cuya presunta comisión puede desembocar en una resolución por la que se acuerde la medida de injerencia en las comunicaciones: delitos dolosos castigados con pena de prisión cuyo límite máximo sea de al menos tres años; delitos cometidos en el ámbito de una organización o grupo criminal; delitos de terrorismo; y delitos cometidos a través de medios informáticos.

1. Delitos dolosos castigados con pena de prisión cuyo límite máximo sea de al menos tres años.

El legislador ha optado por seguir un criterio cuantitativo a la hora de ponderar la gravedad del delito investigado, atendiendo exclusivamente a la gravedad en abstracto de la pena que aquél lleva asociada. Sin embargo, tanto la jurisprudencia constitucional como la del Tribunal Supremo han ido más allá de este criterio y lo complementan con la trascendencia propia de la alarma social generada por el delito y con el potencial lesivo del bien jurídico protegido que puede derivarse de las nuevas tecnologías (así, la STC 194/2006, de 3 de abril). Por otra parte, hay que tener en cuenta que el límite de tres años juega como límite máximo de referencia, lo que no impide que pueda acordarse la intervención de las comunicaciones cuando se trate de delitos castigados con pena de entre 1 y 3 años de prisión (delitos menos graves del art. 33.3 del Código Penal), en cuyo caso la autorización judicial

⁷ GALLEGO MARTÍNEZ, V., loc. cit., p. 282.

ha de contar con una motivación reforzada⁸. Nótese que la gravedad delictiva a que se refiere el art. 588 bis.a.5 (“gravedad del hecho”) para la adopción de la medida de injerencia no se equipara con la clasificación de las penas que se efectúa en el art. 33 CP (en relación con el art. 13.1), donde los delitos graves tienen asociada, entre otras, una pena de prisión superior a cinco años⁹.

2. Delitos cometidos en el ámbito de una organización o grupo criminal.

La delincuencia organizada intensifica los efectos negativos del delito sobre los valores de la convivencia. Por ello, al acordar la intervención de las comunicaciones no bastará con realizar una mera referencia a la posibilidad de que exista una organización o un grupo criminal, sino que el juez habrá de explicitar las razones que legitiman el sacrificio del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en tales supuestos.

Un aspecto procesal interesante a mencionar acerca de estas modalidades delictivas, en relación con la medida de injerencia, es la invocada nulidad de las escuchas acordadas por la existencia *prima facie* de razones para creer que se está en presencia de una organización o grupo criminal cuya realidad, sin embargo, no queda acreditada posteriormente durante la instrucción. A este respecto concluye la jurisprudencia que la no aplicación del tipo penal que sanciona la pertenencia a una organización o grupo no determina, de plano, la nulidad de la diligencia de interceptación telefónica en su caso acordada antes en fase sumarial, por cuanto “... el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias” (STS 412/2011, de 11 de mayo). Otro tanto sucede cuando, como consecuencia de la previa actuación de un agente encubierto, debidamente autorizado, se acaba patentizando la falta de sostén probatorio de la existencia de una organización criminal, lo que luego determinó la no aplicación del correspondiente tipo agravado (así, en SSTS 575/2013, de 28 de junio, y 767/2007, de 3 de octubre).

En definitiva, las serias sospechas o indicios, al comienzo de la investigación, sobre la existencia de una organización o grupo delictivos ha de contar con suficientes puntos de apoyo, aunque sea con el carácter necesariamente provisional propio de la fase incipiente de

⁸ MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento (...), 2015, pp. 217-218.

⁹ GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto (...), Revista Foro FICP, 2015-3, pp. 282-283.

la investigación, sin que ello impida que posteriormente lo que se insinuaba como tal grupo u organización resulte degradado a un mero caso de codelincuencia o de autoría plural¹⁰.

3. Delitos de terrorismo.

El art. 55.2 CE establece un régimen específico de suspensión individual de los derechos que reconoce en sus arts. 17.2 y 18.2 y 3 cuando se trata de investigaciones relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas. Ésta es la base constitucional sobre que se asienta el art. 588 ter.d.3 LECrim, que en dichos supuestos contempla la posibilidad de que en caso de urgencia la medida de intervención de las comunicaciones pueda ser acordada por el Ministro del Interior o por el Secretario de Estado de Seguridad, siempre que en el plazo máximo de 24 horas se comuniquen dicha actuación al juez competente, quien a su vez, y en el plazo máximo de 72 horas, deberá revocarla o confirmarla. Se produce así una asimilación constitucional de las comunicaciones telemáticas junto a las excepciones tradicionales referidas a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas.

4. Delitos cometidos a través de medios informáticos.

El art. 588 ter.a LECrim extiende la medida de interceptación a los delitos cometidos mediante instrumentos informáticos u otra tecnología de la información o de la comunicación. Sobre ello ya se había pronunciado la STC 194/2006, de 3 de abril, en estos términos: "... la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos, a efectos de legitimar el recurso a la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito (...). En la ponderación de la proporcionalidad de la medida, en el caso concreto, ha de añadirse otro elemento consistente en las dificultades en la persecución del delito por otras vías".

Y precisamente en tema de proporcionalidad conviene notar que cuando se trate de delitos cuya pena no supere el límite mínimo de gravedad de los tres años exigido con carácter general, el juez podría autorizar tan sólo un acceso reducido a datos de identificación del terminal, identidad o dominio, puesto que no todo delito cometido a través de la Red justifica la medida investigadora de interceptación de las comunicaciones, siendo

¹⁰ MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento (...), 2015, pp. 217-221.

posibles intervenciones menos radicales que se avengan con los juicios de necesidad y proporcionalidad para su legitimidad constitucional¹¹.

IV. LA SOLICITUD DE INTERCEPTACIÓN

El régimen de la solicitud de interceptación dirigida al órgano judicial se especifica en los arts. 588.ter.d y 588 bis.b LECrim, que ofrecen el siguiente contenido:

1. Los sujetos solicitantes.

Además de la adopción de la medida de oficio por el juez, éste también puede acordarla a solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, respecto de los cuales no hay que entender que la norma exija una obligada “instancia de parte”. Tampoco habría obstáculo a que la petición se formulase por las acusaciones particular o popular, aunque ello carecería de dimensión práctica por cuanto la adopción de la medida conllevaría el inmediato secreto de las actuaciones, que permanecerían desconocidas en su contenido para las acusaciones no oficiales hasta el momento en que se restableciera la publicidad¹².

La mención del precepto a la Policía Judicial ha de entenderse hecha tanto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como a los agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera, el cual, a virtud de Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda TS, de 14 de noviembre de 2003, tiene atribuido el carácter de Policía Judicial en el sentido genérico del art. 283.1º LECrim, ejerciendo entonces sus funciones en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal, resultando así sus actuaciones procesalmente válidas.

En cambio, diferente tratamiento recibe el personal del Centro Nacional de Inteligencia, cuyas investigaciones de seguridad sobre personas o entidades no se acomodan al ámbito del proceso penal. Así se desprende de su ley reguladora (Ley 11/2002, de 6 de mayo) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que interpreta en la STS 1094/2010, de 10 de diciembre, que “los actos generados por la actividad del servicio de inteligencia, sometida al control previo del Magistrado autorizante, no son verdaderos actos de prueba. No fueron concebidos como medios de prueba – ni siquiera como diligencias de investigación – en un proceso penal”.

Por otra parte, la solicitud también debe precisar la unidad investigadora de la Policía Judicial que llevará a cabo la intervención (art. 588 bis.b.2.5º), lo que permite ordenar la

¹¹ MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., 2015, p. 224.

¹² MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit. 2015, pp. 232-233.

práctica de la diligencia mediante la comunicación entre el juez y las fuerzas policiales, a efectos del control judicial de la interceptación.

2. El hecho investigado.

La solicitud ha de describir el hecho objeto de investigación (art. 588 bis.b.2.1º). Sobre la base del principio de especialidad, es preciso poner a disposición del instructor los datos que definen el hecho delictivo, puesto que solamente pueden investigarse hechos concretos ante la prohibición de efectuar investigaciones prospectivas. La negación de validez de las mismas ha sido proclamada en varias ocasiones por el Tribunal Supremo, según el cual “el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional” (STS 550/2013, de 26 de junio). También considera la jurisprudencia investigación prospectiva el “vacío de datos concretos y la precariedad indiciaria” (STS 1005/2010, de 11 de noviembre), así como las “meras conjeturas de la posible participación de los investigados en un delito, brillando por su ausencia las sospechas vehementes y fundadas con una base empírica mínimamente consistente y real (...). El juicio sobre la legitimidad de la actuación injerencial efectuado por el juez ha de contar con los presupuestos objetivos desde una perspectiva *ex ante* sin que sea aceptable cualquier justificación *ex post*” (STS 567/2013, de 8 de mayo).

3. La necesidad de la injerencia.

El art. 588 bis.b.2.2º exige que la solicitud detalle las razones que justifiquen la necesidad de la medida, junto con los indicios de criminalidad concurrentes con carácter previo a la misma solicitud. Así lo requiere también el criterio de la proporcionalidad, ya que siempre resultará preferible cualquier otra diligencia de investigación menos gravosa para los derechos fundamentales y de similar utilidad.

Por tales “indicios de criminalidad” entiende la STS 884/2012, de 8 de noviembre (siguiendo la STC 253/2006, de 11 de septiembre), algo más que simples sospechas y algo menos que los indicios racionales exigidos para el procesamiento; son sospechas fundadas en algún dato objetivo.

En este punto es preciso que el juez instructor haga suya la verosimilitud de los motivos que justifican el levantamiento del secreto de las comunicaciones, si bien no todo ha de quedar en su mera aceptación como respaldo para la resolución habilitante. En cualquier

caso, el Tribunal Constitucional ha aceptado, aun no siendo el modelo ideal, la integración de dicha resolución con los datos obrantes en la solicitud policial (así, en SSTC 123/2002, de 20 de mayo, y 299/2000, de 11 de diciembre).

Como se ha indicado, el art. 588 bis.b.2.2º se refiere a los indicios de criminalidad concurrentes con carácter previo a la misma solicitud, refiriéndose a ello como “la investigación previa a la solicitud”. Esta investigación abarca tanto el proceso jurisdiccional como la investigación policial que, en su caso, preceda a la incoación del proceso, y su finalidad es doble: subrayar que la solicitud se encuentre respaldada por los datos objetivos que se ofrecen al juez instructor, y que la diligencia de interceptación tenga la cobertura formal de un proceso y no se adopte en el ámbito de las denominadas “diligencias indeterminadas” - que por su naturaleza quedan fuera del ámbito de control y de conocimiento del Ministerio Fiscal -, incurriendo por tanto en una ilicitud que ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, con especial referencia a la STC 259/2005, de 24 de octubre¹³.

4. La identificación de los afectados.

El art. 588 bis.b.2.1º establece que en la solicitud conste “la identidad del investigado y de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos”. Por tanto, la interceptación de las comunicaciones puede abarcar al sujeto investigado o a un tercero (aunque no tenga la condición de parte pasiva del proceso), habiéndose declarado en la jurisprudencia constitucional la validez del sacrificio del derecho al secreto cuando el investigado utiliza a título de mero usuario el terminal perteneciente a otra persona, siendo irrelevante que al comienzo de la investigación se desconozcan los datos de identidad de los afectados¹⁴. Por tanto, la expresión “terceras personas” recogida en los arts. 588 bis.h y 588 ter.c se refiere a sujetos ajenos al investigado, siempre que éste se sirva de aquéllos para transmitir o recibir información o que dichos terceros colaboren con el investigado o se beneficien de su actividad¹⁵.

En concreto, la individualización del afectado puede realizarse bien a través de sus datos personales de abonado, bien mediante su identificación técnica, como instrumentos para especificar el medio de telecomunicación del que se sirve el investigado. Acerca de este aspecto conviene indicar que el art. 588 ter.l permite a la Policía Judicial utilizar las

¹³ MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., 2015, p. 240.

¹⁴ MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., 2015, p. 241.

¹⁵ GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto (...), Revista Foro FICP, 2015-3, p. 283.

tecnologías adecuadas para la averiguación de datos como el IMSI (para identificar al abonado) o el IMEI (para identificar el terminal), sin necesidad de previa autorización judicial, como también sucede con la obtención de la dirección IP obtenida policialmente en prevención y descubrimiento de los delitos cometidos por Internet, siguiendo la jurisprudencia ya elaborada al respecto (así, SSTS 1078/2011, de 24 de octubre, y 680/2010, de 14 de julio).

5. Extensión de la solicitud.

El juego de los arts. 588 bis.b.2.4º y 588 ter.d.2 determina los extremos a que ha de referirse la solicitud de intervención, que en síntesis son los relacionados con el contenido de la comunicación, su origen y destino, la localización geográfica de la misma y otros datos de tráfico asociados o no asociados.

El deseo del legislador es que el juez, dotado de cobertura normativa y contando con suficiente información indiciaria, pueda decidir hasta dónde va a limitar la inviolabilidad de las comunicaciones, sin que ahora baste con incorporar a la intervención telefónica tradicional el seguimiento de otros procesos comunicativos, puesto que es preciso que se concrete judicialmente la necesidad de oír/interferir otros contenidos que discurren por vía telemática. Es decir: la ley ya no autoriza la cesión en cascada de datos electrónicos asociados a comunicaciones telefónicas, sino que el juez debe especificar en la resolución habilitante los datos que han de ser facilitados por las operadoras a los agentes encargados de practicar la diligencia¹⁶. Así se desprende también del art. 39.8 de la vigente Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9/2014, de 9 de mayo), según el cual los sujetos obligados deberán facilitar a los agentes los datos incluidos en la orden de interceptación legal.

La redacción del art. 588 bis.b parece sugerir la exigencia de una investigación previa, por cuanto la solicitud he de mencionar en qué ha consistido la misma y su resultado, los indicios de criminalidad que se hayan advertido, los datos de los investigados y las razones que justifican la necesidad de la medida¹⁷.

6. Duración de la medida.

Una solicitud que no contuviera el límite temporal de la medida interesada sería inadmisibile, por vulnerar los principios de necesidad y proporcionalidad que deben regir la injerencia del Estado en las comunicaciones. Por eso el art. 588 bis.b.2.7º exige que en la

¹⁶ MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento (...), 2015, p. 245.

¹⁷ GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto (...), Revista Foro FICP, 2015-3, p. 284.

solicitud se mencione la duración de la medida, la cual puede extenderse inicialmente hasta un plazo máximo de tres meses, prorrogables por períodos iguales hasta alcanzar un máximo de 18 meses (arts. 588 bis.e y 588 ter.g). Ahora bien, esto no significa que el solicitante de la interceptación quede automáticamente autorizado para interesar siempre, de forma mecánica y rutinaria, el plazo inicial de tres meses, sino que debe ajustar su solicitud al plazo que realmente proceda en el caso concreto, por cuanto los referidos tres meses no han de operar como plazo de referencia¹⁸.

7. Ejecución de la medida.

En los apartados 6º y 8º del art. 588 bis.b.2 se dispone que la solicitud de intervención ha de contener la forma de ejecución de la medida y la identificación del sujeto obligado a llevarla a cabo, si fuera conocido. De esta exigencia legal deriva que el solicitante debe explicar al juez, siquiera sea de forma elemental, el modo como se va a efectuar la interferencia de las comunicaciones. Por otra parte, el “sujeto obligado” es el proveedor del servicio que explota una red pública de comunicación electrónica o que presta un servicio de comunicación electrónica; sobre dicho proveedor recae un deber de colaboración cuyo incumplimiento puede suponer la comisión de un delito de desobediencia (art. 588 ter.e.3).

8. El secreto de la causa.

La eficacia de una medida de intervención de las comunicaciones descansa en buena medida en el hecho de que los sujetos investigados desconozcan que se está efectuando el seguimiento de las mismas, lo que se consigue mediante la declaración del secreto de las actuaciones, cuyo contenido permanece desconocido para las partes – salvo el Ministerio Fiscal – hasta que se restablezca la publicidad de las mismas.

En la jurisprudencia anterior a la reforma de la LECrim se trató la queja consistente en la declaración de nulidad de las escuchas telefónicas que no iban acompañadas de la declaración del secreto sumarial. Al respecto se pronunció, entre otras, la STS 9/2004, de 19 de enero, en el sentido de no acoger tal pretensión de nulidad “simplemente porque se trata de un vicio de procedimiento sin relevancia constitucional, ya que no existió indefensión material alguna para las personas afectadas (art. 24.1) que, cuando en calidad de imputados tomaron contacto con las actuaciones judiciales practicadas, pudieron conocer la medida adoptada en secreto contra ellos, su alcance y contenido, habiendo tenido oportunidad para

¹⁸ MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento (...), 2015, p. 246.

solicitar al respecto lo que hubieran considerado conveniente para la defensa de sus intereses, no sólo en las calificaciones provisionales (...), sino incluso durante las diligencias previas y el sumario antes de su conclusión”. En la misma idea insistió la STS 358/2004, de 16 de marzo, que en la ausencia de declaración del secreto de la causa no observó nulidad alguna, siendo “una irregularidad que nada afecta a la constitucionalidad de la medida porque después de la intervención se pudo tomar en cuenta y solicitar nueva prueba”.

El texto reformado de la LECrim tiene en consideración esta doctrina jurisprudencial y, con el fin de evitar disfunciones al respecto, determina en su art. 588 bis.d que la solicitud y las medidas posteriores se sustanciarán en pieza separada y secreta, sin necesidad de que se efectúe expresa declaración del secreto de las actuaciones. Ahora bien, ha de observarse que esa tramitación en pieza separada y secreta se vincula no a la resolución judicial habilitante, sino a la solicitud encaminada a su obtención. No obstante, la fórmula escogida por el legislador al optar por una declaración implícita de secreto puede tropezar con el principio de contradicción y con el derecho de defensa, ya de por sí limitados por el hecho del carácter secreto de la causa. Quizá, *lege ferenda*, habría sido conveniente incorporar el texto legal la necesidad de que el juez instructor, una vez acordada la injerencia, dictara una resolución que justificase en términos constitucionales el sacrificio del derecho de las partes a acceder al contenido de las diligencias en la fase de investigación¹⁹.

El art. 588 bis.d otorga carácter secreto a la pieza separada que se abre cuando el órgano judicial acuerda la medida solicitada. Nada dice sobre el secreto respecto de la causa principal, que por pura lógica también habrá de participar de dicho carácter²⁰.

V. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL HABILITANTE

Una vez recibida la solicitud de intervención de las comunicaciones, el juez instructor dispone de un plazo de 24 horas para pronunciarse, mediante auto motivado, sobre su autorización o denegación (art. 588 bis.c.1). El legislador establece así un tiempo rápido de respuesta judicial que, no obstante, puede ser interrumpido de conformidad con el art. 588 bis.c.2, que permite el órgano jurisdiccional interesar la ampliación o la aclaración de los términos de la solicitud sin que ello suponga una demora significativa de alcance constitucional. A efectos prácticos, parece que el precepto resulta aplicable en aquellos casos en que la solicitud adolezca de alguna deficiencia específica (como no haber concretado la unidad policial investigadora o existir algún error en la identificación del investigado), toda

¹⁹ MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., pp. 249-250.

²⁰ GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto (...), Revista Foro FICP, 2015-3, p. 289.

vez que si se advierte insuficiencia en la investigación previa, o incluso inexistencia de la misma, o que los indicios de criminalidad alegados no son tales, entonces lo lógico sería dictar una resolución denegando la medida solicitada²¹.

A partir de aquí se desenvuelven varios aspectos a tener en cuenta acerca de la resolución habilitante, como son los siguientes:

1. El informe del Ministerio Fiscal.

Como ya se ha indicado anteriormente, la medida de injerencia en las comunicaciones puede ser o bien acordada de oficio por el juez, o bien previa solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Para el caso de que la iniciativa parta del propio juez para acordar de oficio la intervención, o si la misma ha sido solicitada por la Policía Judicial, el art. 588 bis.c.1 requiere la previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Con anterioridad a la reforma de la LECrim no existía un trámite específico para requerir informe al fiscal sobre la adopción de una medida de injerencia en el ámbito del art. 18 CE, si bien abundante jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo ponía especial énfasis tanto en la evitación de las llamadas “diligencias indeterminadas” como en el hecho de que el Ministerio Fiscal no necesita de un acto formal de invitación al proceso, como se desprende del articulado de la LECrim que regula su intervención en el mismo. La proscripción de las diligencias indeterminadas se desarrolla especialmente en la STC 25/2011, de 14 de marzo, en el sentido de que la adopción en su ámbito de una diligencia de intervención de las comunicaciones queda sustraída al conocimiento y control por parte del fiscal, a quien no se notifica ni la existencia de las mismas ni la diligencia acordada (salvo que su resultado sea incorporado a unas diligencia previas ya existentes o que las indeterminadas se transformen en diligencias previas, pues en ambos casos ya se trataría de un proceso regularmente incoado y con vinculación a la normativa procesal). Y, por otra parte, el Tribunal Supremo ha relativizado la formalidad del acto de notificación al fiscal de la diligencia de intervención, por cuanto la posición procesal que tiene reconocida en diversos preceptos de la LECrim facilita que siempre pueda tomar conocimiento del estado de la causa, incluyendo la existencia de interceptación de comunicaciones que, en su caso, no se la hayan notificado expresamente (así, en STS 694/2011, de 24 de junio).

Pues bien: cualquier posible polémica ha sido resuelta por el art. 588 bis.c.1 al contemplar imperativamente la audiencia del Ministerio Fiscal al efecto de emitir un

²¹ GALLEGO MARTÍNEZ, V., loc. cit., p. 288.

dictamen – si bien no vinculante para el juez – sobre la justificación de la medida de injerencia. Al carácter imperativo de esta audiencia también coadyuvan las funciones que se otorgan al Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico (arts. 124.1 y 3.3, respectivamente: defensa de los derechos de los ciudadanos), y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 46: legitimación para promover el recurso de amparo; también en el art. 162.1.b CE).

Así pues, el legislador huye de dejar en la indiferencia al Ministerio Fiscal y le sitúa en una posición destinada a reforzar las cautelas necesarias en orden a la legitimidad de la decisión judicial (ahora bien, más difícil resulta integrar conceptualmente el informe del fiscal en el contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, hasta el punto de considerar que su ausencia podría degradar la validez de la diligencia de investigación)²².

2. El hecho punible investigado.

El hecho que sirve de base para la adopción de la medida de injerencia sugiere tres aspectos a tomar en consideración: su delimitación inicial, la aparición de un hecho delictivo diferente y la calificación jurídica.

a) La delimitación inicial del hecho.

El hecho objeto de investigación ha de aparecer suficientemente definido y dotado de contornos nítidos, con el fin de excluir toda posibilidad de prospección. Ahora bien, es cierto que la configuración del *factum* se realiza de forma progresiva, a medida que avanza la actividad instructora, lo que no debe impedir que los hechos conserven en todo momento una identidad sustancial. Así se reconoce en la STS 841/2014, de 9 de diciembre, donde se argumenta que “en el momento inicial del procedimiento (...) no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios (...)”. En relación con un caso concreto, la STS 7/2014, de 22 de enero, refiere que “en el inicio del proceso penal la delimitación objetiva – también la subjetiva – se presenta con una nitidez que no siempre es definitiva. Carecería de sentido proclamar la vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones porque lo que se concebía inicialmente como el desembarco clandestino de cocaína, resultara luego ser

²² MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento (...), 2015, p. 255.

hachís. La ofensa al bien jurídico permanece incólume y ninguna consecuencia puede derivarse de esa sobrevenida alteración de lo que aparecía como previsible objeto del delito (...). El bien jurídico es el mismo y los hechos que han determinado su ofensa pueden ser calificados, en ambos casos, como graves, justificando así la legitimidad de la intromisión jurisdiccional en las comunicaciones”.

b) La aparición de un hecho delictivo diferente.

Puede suceder que durante el seguimiento de la interceptación acerca de un hecho delictivo determinado aparezcan indicios de la comisión de otro diferente, lo que ha sido resuelto por la jurisprudencia exigiendo que en tales casos se produzca una renovada motivación que justifique la investigación del nuevo hecho. Se trata de los supuestos englobados en la denominada “doctrina del hallazgo casual”, a cuya virtud “se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, aunque la doctrina de esta Sala Casacional ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendidos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma” (STS 616/2012, de 10 de julio).

En consonancia con esta línea jurisprudencial, el art. 579 bis.3 prevé el régimen a seguir para el caso del delito casualmente descubierto, sobre el que ha de recaer la correspondiente autorización judicial teniendo en cuenta tres parámetros: la diligencia de la actuación en que se descubre, el marco en que se produce el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida con anterioridad.

En último término, de lo que se trata es de otorgar legitimidad constitucional a los supuestos en que tiene lugar la mutación del objeto del proceso inicial para la investigación de un hecho distinto inesperadamente conocido.

c) La calificación jurídica.

A diferencia de lo que acontece con la solicitud de la medida de injerencia, la resolución habilitante debe efectuar, con la comprensible provisionalidad característica de la fase inicial del proceso, un juicio de tipicidad atendiendo a que la gravedad del hecho no puede entenderse desvinculada, entre otros factores, de la gravedad de la pena que lleva

asociada. Se impone, pues, una traducción jurídico-penal del hecho investigado, no obstante la naturaleza interina de dicha calificación²³.

3. La identidad de los afectados.

El afectado, o sujeto pasivo de la medida de intervención, es el titular del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, quien ha de estar identificado o al menos ser identificable, siendo aquí aplicables las consideraciones realizadas en el anterior epígrafe IV.4. Sirva de complemento a las mismas la argumentación contenida en la STS 385/2011, de 5 de mayo, según la cual el objeto del proceso, antes que responder a una imagen fija, es un hecho “de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias”, lo que explica según dicha sentencia que no haya inconveniente alguno en admitir que finalmente pueda no dirigirse la acción penal contra personas que en fase instructora sufrieron algún tipo de imputación, material o formal, sin llegar después a tener la condición de acusados. En términos de la resolución: “La idea de que toda imputación – sea ésta material o formal – convierte al imputado en obligado destinatario de la acción penal, no tiene cabida en nuestro sistema”.

4. Alcance y extensión de la medida.

El sistema normativo actual exige un mayor rigor que el hasta ahora vigente, en el sentido de que el juez de instrucción ha de precisar con exactitud cuál es el alcance de la medida de injerencia, es decir, si se acuerda únicamente para las comunicaciones telefónicas o si también debe extenderse a las comunicaciones telemáticas, identificando el equipo de telecomunicación a intervenir y cuáles sean los datos electrónicos asociados que igualmente hayan de investigarse. A tal fin el art. 588 ter.d.2 determina el ámbito a que debe extenderse la solicitud de intervención, aplicable también a la resolución habilitante: el contenido de la comunicación, su origen y destino, la localización geográfica de la misma y otros datos de tráfico asociados o no asociados. Y todo ello en consonancia con lo establecido en el art. 588 bis.c.3.c, cuando exige que la resolución judicial especifique su alcance y haga descansar su motivación en los principios rectores enumerados en el art. 588 bis.a.

5. Identificación de la unidad policial.

El art. 588 bis refiere que la autorización judicial habrá de identificar la unidad policial encargada de materializar la interceptación, como exigencia derivada de la necesidad de

²³ MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., pp. 259-260.

someter la medida al control del juez. Ahora bien, la ausencia de dicha identificación o el hecho de que intervengan agentes inicialmente no designados no constituye necesariamente una infracción de relevancia constitucional, si bien aquel control judicial puede verse resentido si no se conoce el *qué* y el *quién* de la ejecución de la medida²⁴.

6. Duración, cese y prórroga de la medida.

Conforme al art. 588 ter.g, la interceptación de las comunicaciones tendrá una duración máxima inicial de tres meses, prorrogables por períodos de igual duración hasta completar un máximo de 18 meses. El *dies a quo* para el comienzo del cómputo viene fijado por la fecha del auto habilitante, no siendo admisible que se tome como referencia a tal fin el momento en que la intervención efectivamente se realiza, porque ello equivaldría a una suspensión individualizada del derecho al secreto de las comunicaciones durante el tiempo que mediase entre la resolución judicial y la materialización de la injerencia. Así se declara en la STC 205/2005, de 18 de julio, que efectuando una lectura garantista concluye que “el plazo de intervención posible en el mentado derecho fundamental comienza a correr desde el momento en que la misma ha sido autorizada”. Igualmente, la STS 7/2014, de 22 de enero, razona que “en ausencia de una fecha de inicio de la medida de injerencia, el día en que se dicta la resolución habilitante constituye una referencia más que válida”.

La medida cesa en el momento en que desaparezca la causa que la motivó y, por tanto, sea prescindible para la investigación; también cesará cuando haya transcurrido el tiempo para el que fue concedida, sin necesidad de que se dicte una resolución que formalmente así lo acuerde (art. 588 bis.e). Sin embargo, este criterio legal de cese automático resulta contrastado por el que recoge el art. 588 bis.j, que establece con carácter imperativo que el juez acordará el cese de la medida, en todo caso, por el transcurso del plazo por el que la autorizó²⁵.

Como se ha expresado, la intervención de las comunicaciones puede ser objeto de prórroga, lo que habrá de verificarse mediante auto motivado que se dictará bien de oficio, bien a solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial (arts. 588 bis.e.2 y 588 bis.f). Acerca de las prórrogas conviene resaltar, por su interés, dos aspectos que han sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales: su control judicial y el alcance de la motivación del auto correspondiente. Sobre la primera cuestión, la STC 205/2005, de 18 de julio, expone que “una prórroga acordada de forma automática, sin un efectivo control jurisdiccional,

²⁴ MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., 2015, p. 263.

²⁵ GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto (...), Revista Foro FICP, 2015-3, p. 290.

puede menoscabar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (...). Ello acontecerá siempre que el juez no efectúe un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conozca los resultados de la investigación. Sin embargo, esa exigencia puede quedar cumplida por dos distintas vías. La primera, cuando el juez tenga conocimiento de los resultados de la medida a través de los informes que le ofrece la Policía; la segunda, mediante la transcripción parcial de las cintas”.

En cuanto a la motivación del auto que acuerda la prórroga, la STS 598/2008, de 3 de octubre, explica que “se prorroga aquello que ya ha sido objeto de decisión previa. Es esa primera resolución la que exige, siempre y en todo caso, la concurrencia de razones y sospechas debidamente razonadas. En las sucesivas resoluciones, la legitimidad constitucional de la medida exigirá que el control judicial siga siendo efectivo, pero no que se expresen renovados presupuestos fácticos que, por definición, pueden ser los mismos que los que motivaron la inicial autorización de la injerencia”.

7. Forma del control judicial de la medida.

La resolución judicial debe establecer la forma y la periodicidad con que el solicitante habrá de informar al juez sobre los resultados de la medida (art. 588 bis.c.3.f). Se trata de una dación de cuenta de su desarrollo para garantizar la regularidad de su ejecución. Más específicamente, el art. 588 ter.f relaciona aquellos elementos que han de ser puestos a disposición de la autoridad judicial en materia de control de la injerencia: dos soportes digitales diferentes en los que consten, respectivamente, las grabaciones íntegras realizadas y la transcripción de los pasajes que se consideren de mayor interés para la causa, asegurándose todo ello mediante un sistema de sellado o de firma electrónica para garantizar la autenticidad e integridad de la información aportada. Esta regulación legal es acorde con los precedentes jurisprudenciales que constan al respecto, como por ejemplo la STS 544/2011, de 7 de junio, que prevé la existencia de mecanismos de seguridad como los mencionados en relación con el volcado de los datos obtenidos a través del sistema SITEL.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha distinguido entre las irregularidades que afectan al contenido material de la inviolabilidad de las comunicaciones y las que afectan al valor probatorio de los resultados obtenidos sin un adecuado control judicial. Así, acerca de la queja sobre la falta de control judicial en el seguimiento de las intervenciones la STC 26/2010, de 27 de abril, expone que “para dicho control no es necesario que la Policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales, y que el juez proceda a la audición de las mismas, antes de acordar prórrogas o nuevas

intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes, y de los informes policiales”.

BIBLIOGRAFÍA

DE LEÓN JIMÉNEZ, M.C., M.C., La intervención de las comunicaciones: escuchas telefónicas. Jurisprudencia del TC, del TS, del TEDH, Revista Foro FICP, 2015-3, pp. 364, 365, 368-369.

GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto de la Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, Revista Foro FICP, 2015-3, pp. 282-284, 288-290.

MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, pp. 200-203, 217-221, 224, 232-233, 240-241, 245-246, 249-250, 255, 259-260, 263.