

# Las intervenciones telefónicas y sus limitaciones

~Amalia Fustero Bernad~

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Socia FICP.

## I. Introducción

Resulta innegable el avance de las tecnologías en los últimos años, sobre todo a raíz de la aparición de internet, lo que ha generado nuevas y muy novedosas maneras de comunicación tales como telefonía móvil, correo electrónico y la utilización y manejo de redes sociales, entre otras<sup>1</sup>.

Así mismo, debemos reconocer las múltiples ventajas que a nuestra sociedad aporta estas nuevas tecnologías, entre ellas la rapidez en el acceso a la información. Pero siendo justos, no debemos olvidar que también son muchas las desventajas que el “mundo internet” está trayendo a nuestra vida, tales como ataques cibernéticos contra el derecho a la intimidad de los usuarios, infracciones a la propiedad intelectual a través de la protección de los derechos de autor, falsedades, sabotajes y fraudes informáticos, amenazas, calumnias e injurias, pornografía infantil y un largo número de etcéteras.<sup>2</sup>

En el presente escrito analizaremos un pequeño reducto de ese mundo interactivo, el servicio de mensajería Whatsapp, propiedad de la multinacional Facebook, que ofrece de forma gratuita el sistema de comunicación más extendido en nuestro país.

Daremos a conocer los problemas que los Jueces y Tribunales encuentran en la ejecución de los Autos que autorizan las intervenciones telefónicas de determinados usuarios y la incapacidad de descifrar los contenidos de los mensajes de Whatsapp en el desarrollo de una investigación.

## II. El poder judicial y las nuevas tecnologías.

### 1. Regulación

Tanto el poder legislativo como el judicial son conscientes de que debe existir permanentemente una actualización de la normativa en relación con las nuevas tecnologías, no solo con respecto a su regulación sino también, y más importante la

---

<sup>1</sup> MARCO URGELL, A., La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, año 2010. p. 2 ss.

<sup>2</sup> PÉREZ, J./BADÍA, E., Privacidad y Seguridad en la Red: la regulación y los mercados, Fundación Telefónica, Ariel, Madrid, año 2012.

sanción de las conductas que signifiquen una injerencia en los derechos de los individuos.

Así en la última modificación de la LECrim en su Artículo 588 ter b. establece que: *“1. Los terminales o sistemas de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos ocasional o habitualmente utilizados por el investigado. 2. La intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una llamada, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o, como receptor, y podrá afectar a los terminales de los que el investigado sea titular o usuario. A los efectos previstos en este artículo, se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados, todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga.”*

A esta regulación se unen disposiciones como la Orden IET/384/2016, de 18 de marzo, en la que en su artículo primero refiere que el objeto de esta es establecer las condiciones básicas bajo las cuales la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información podrá autorizar a los operadores a la presentación de un número geográfico como identificador de la línea de origen en llamadas realizadas desde un acceso de la red de comunicaciones móviles, en aplicación del segundo inciso del artículo 61.2 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

## **2. Las intervenciones telefónicas.**

Se entiende por tal todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción acuerda, en el seno de un proceso penal, mediante resolución debidamente motivada, que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación de las

conversaciones telefónicas del imputado, durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.<sup>3</sup>

Nuestro texto constitucional, en su artículo 18, garantiza el secreto de las comunicaciones, especialmente de las postales, telegráficas y telefónicas, admitiendo no obstante la limitación de tal derecho en virtud de resolución judicial. Así cuando la investigación del delito lo exija, el juez podrá acordar, en el seno de un proceso y mediante resolución motivada, la observación, detención, apertura y examen de la correspondencia postal y telegráfica o telemática, así como la observación e intervención de las comunicaciones telefónicas.

La intervención de las comunicaciones por tanto, como en el resto de medidas restrictivas de derechos fundamentales debe realizarse con estricta observancia del principio de proporcionalidad, requiriendo, asimismo, el control judicial en el desarrollo de la medida. (Arts. 579-588 de la LECrim).

### **3. Aplicación.**

Pero llegado el momento de realizar una intervención telefónica, la misma se materializa con la ejecución del auto decretando y/o autorizando la intervención telefónica de un determinado terminal.

Se procede a librar los pertinentes oficios a las compañías telefónicas de los terminales que se quieren intervenir, solicitándose no solo la intervención del teléfono, sino que a su vez se faciliten los datos relativos a la intervención telefónica, mensajes de texto, IMEI, IMSI, números de teléfono del llamado y del llamante, localización geográfica de los terminales a través de repetidores, el listado de llamadas entrantes y salientes durante el tiempo que dura la intervención, con identificación de todos los datos que figuren en sus archivos de los titulares y/o usuarios de los teléfonos llamantes y/o llamados, nombre, DNI, cuenta asociada; caso de ser tarjetas prepago, cupones de recargas, cupones de fidelización y promociones; etc. Además cada operador de telefonía debe realizar la activación y desvío de datos en estéreo, porque de ese modo los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad encargados de la investigación

---

<sup>3</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1998\31 de 30 julio. Caso Valenzuela Contreras contra España.

podrán conocer en directo el contenido y los datos volcados por las compañías oficiadas.<sup>4</sup>

Como podemos observar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son capaces de interceptar todas las comunicaciones a través del denominado SITEL (Sistema Integrado de Interceptación de las Telecomunicaciones). Un avanzado sistema informático desarrollado por Ericsson en 2002, dependiente del Ministerio del Interior, utilizado por las Direcciones Generales de Policía y Guardia Civil, así como por el Centro Nacional de Inteligencia (CNI), respondiendo a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para la figura o concepto jurídico de la intervención de las comunicaciones (STS de 13 de marzo de 2009).

A través de la autorización judicial todo prestador de servicio de telecomunicaciones están obligados en virtud del artículo 588 ter. e. de la LECrim a facilitar la intervención de las comunicaciones, salvo cuando se trate de la investigación de delitos de terrorismo o bandas armadas, y existiendo motivos suficientes, la intervención de la comunicación podrá ordenarse vía Ministro del Interior siendo obligada su comunicación inmediata a la Autoridad Judicial para que proceda a la confirmación o revocación de la misma (Art. 588 ter. d. LECrim). En caso de incumplimiento, tanto de su deber de colaboración como de su deber de guardar silencio, los sujetos en cuestión, pueden ser penados por un delito de desobediencia grave.

### **III. Whatsapp y las intervenciones telefónicas.**

#### **1. Panorama general**

El presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Juan Luis Ibarra, ya advertía en junio de 2014 las dificultades de los jueces para perseguir delitos a través de las redes sociales y, en concreto, avisaba de la imposibilidad de ejecutar las órdenes para controlar los mensajes de WhatsApp<sup>5</sup>.

Este hecho ya fue advertido por la Confederación Española de Policía en 2014, meses antes de que la compañía lanzase al mercado el sistema de “*cifrado de extremo a*

---

<sup>4</sup> PULIDO QUECEDO, M., El programa SITEL y las escuchas de las comunicaciones. Apunte de la STS (2ª), de 5 de noviembre de 2009, Revista Aranzadi Doctrinal, Pamplona 2010. pp. 2 y ss.

<sup>5</sup> <http://gaceta.es/noticias/jueces-espanoles-controlar-los-insultos-whatsapp-05062014-1646>

*extremo*” que existe en la actualidad, un cifrado que imposibilita conocer el contenido de sus mensajes.<sup>6</sup>

Por parte de Whatsapp nunca han hecho oficial que tipo de sistema o qué tipo de claves utilizan 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 alguno.

Pero parece que con el sistema de “*cifrado de extremo a extremo*” la compañía no tiene suficiente y próximamente va a introducir otro sistema de seguridad en su plataforma, como es la “*comprobación de cifrado*”, esto es que además de estar activo el cifrado de extremo a extremo, los usuarios podrán comprobar de forma sencilla si el sistema criptográfico está funcionando correctamente, en cualquier momento.

Pero a todo ello hemos de sumar que se trata de una aplicación de telefonía totalmente gratuita, tanto su instalación como mantenimiento, por lo que está al alcance de cualquier persona independientemente de la edad y la condición económica del usuario. Tan extendida esta la referida aplicación que más del 70 por ciento de terminales de telefonía móvil que existen en España la tienen instalada.

Pues bien, visto el panorama general de la situación, observamos que en el desarrollo de una investigación judicial, resulta imposible conocer los mensajes que el investigado o investigados se intercambian a través de la aplicación Whatsapp, lo cual impide en gran medida el desarrollo de una investigación.

Desde Whatsapp en sus condiciones de uso advierten que “*WhatsApp puede retener la fecha y sello de tiempo la información asociada a los mensajes entregados con éxito y los números de teléfono móvil que intervienen en los mensajes, así como cualquier otra información que WhatsApp está legalmente obligado a recoger*”. Ello significa que el número de teléfono de las personas que conversan y las horas y fechas de los mensajes se registrarán en los servidores de la aplicación, lo que significa que

---

<sup>6</sup> [http://www.lainformacion.com/espana/la-policia-tiene-problemas-para-interceptar-los-whatsapp-de-los-sospechosos\\_1fSGeAr8MLpFJMeh9omI7/](http://www.lainformacion.com/espana/la-policia-tiene-problemas-para-interceptar-los-whatsapp-de-los-sospechosos_1fSGeAr8MLpFJMeh9omI7/)

estarán a disposición de las autoridades y agencias de información en caso de que sean requeridos para algún caso.

Esta información resultaría suficiente quizás como prueba en determinados delitos como los de quebrantamiento de orden de alejamiento, en los que se refleja que se ha infringido la orden decretada, con el mero envío de un mensaje, a pesar de que Whatsapp únicamente nos muestre la identidad del terminal emisor y receptor así como los días y horas en los que se ha producido la comunicación.

Pero quizás lo visto y expuesto hasta ahora no refleje el gran problema con el que se enfrentan los Tribunales a la hora de desarrollar una investigación judicial, por eso me veo en la obligación de exponer un caso concreto.

En un procedimiento judicial son investigados tres individuos por un delito de tráfico de drogas, en concreto por la venta a escolares, menores de edad, sustancias estupefacientes como hachís, marihuana, speed y cocaína. Los menores se ponen en contacto con los encartados a través del móvil para realizar la compra de la sustancia que más tarde se materializa cuando se citan con sus vendedores para cerrar la venta, bien en la calle, bien en la casa de uno de los investigados o bien dejando el dinero en lugares determinados que al tiempo son cambiados por la sustancia solicitada. Por Auto judicial se procede a la intervención de todos los terminales de telefonía móvil de los investigados.

Es sabido que la aplicación de Whatsapp es ampliamente utilizada por los menores, pues al ser gratuita, se prioriza su utilización, antes que un mensaje de texto o una llamada telefónica, produciéndose en el caso concreto muy pocas llamadas o mensajes de texto, por lo que dilata en gran medida el tiempo de la investigación policial.

Por tanto, esta situación de encriptación imposibilita y ralentiza una investigación tanto en el plano policial como judicial, pues mientras exista whatsapp solo se verterán el contenido de los datos derivados de llamadas y mensajes de texto, perdiendo muchísimos datos de los contenidos en los mensajes en los que se utilice Whatsapp. Datos perdidos que se materializan en tiempo y dedicación excesivos dedicados a una investigación.

Para el informático Carlos Aldama<sup>7</sup> un hacker puede recurrir a técnicas habituales como infectar el dispositivo móvil y de ese modo acceder y ver los mensajes de Whatsapp. Por tanto, es posible descifrar esos mensajes, solo que sería necesario dotarlo de un método o técnica determinada, en la que no intervengan ni virus ni otro sistema que neutralice el terminal móvil. Y este método de descifrado debería de partir de la compañía que suministra la aplicación, y si ella no es capaz de suministrarlo, tendría que verse obligada a cambiar el sistema operativo que sustenta la aplicación, todo en aras de permitir la accesibilidad de los organismos para conocer el contenido de la mensajería en procesos judicializados tendentes a descubrir y condenar hechos delictivos.

Fuera de nuestras fronteras, concretamente en Brasil, se procedió a la suspensión del servicio de WhatsApp también en Brasil durante cuatro horas por negarse a facilitar información para una investigación policial. Pero esta medida fue revertida otro Tribunal al entender que era desproporcionada, teniendo en cuenta el extendido uso de esa aplicación en el país, lo cual provocaba un castigo masivo a todos los usuarios.

Volviendo a nuestro país, considero que el tema no es baladí, de hecho no existe jurisprudencia al caso, por lo que las autoridades deben ponerse a trabajar a este respecto, ¿Cómo puede ser que una compañía privada, oferte un servicio incontrolable? la Justicia observa y pide una regulación en este sentido. El legislador debe hacer frente, ya es tarde, WhatsApp lleva funcionando mucho tiempo, de forma ilegal, sin límites ni directrices, en un escenario donde pueden cometerse todo tipo de conductas delictivas de manera impune.

Se debe articular un medio por el cual se castigue a aquellas operadoras que encriptan sus mensajes, del mismo modo que se castiga a aquellas que no facilitan información, por ello, quizás la vía legal sea mediante la tipificación de esta conducta como delictiva a través del artículo 588 ter. Apartado e de la LECrim, donde se castiga con el delito de desobediencia a aquellos prestadores de servicios de telecomunicaciones que no asistan o no colaboren facilitando el cumplimiento de los autos de intervención de las comunicaciones.

La solución por tanto la concibo con la ampliando de ese artículo 588 ter. apartado e, en cuanto a la penalización de esa conducta de desobediencia, pudiendo el

---

<sup>7</sup> <http://www.elmundo.es/tecnologia/2016/04/08/5707f99f22601d5b1b8b4596.html>

Juzgado encargado de la investigación suspender el servicio de telefonía, en este caso de Whatsapp, durante el tiempo en el que el servidor no facilite la información solicitada.

Así pues, amparo actuaciones como la medida cautelar de suspensión del servicio de WhatsApp, pues a día de hoy quizás sea el mecanismo capaz de conseguir una transformación del servicio, cuando se traduzcan las pérdidas de la multinacional en millones de euros, será el momento en el que se pongan manos a la obra y elaboren un sistema de mensajería correcto, capaz de generar un archivo que guarde los mensajes intercambiados por los usuarios, lo que posibilitara tanto el seguimiento de las conductas criminales como la detención y penalización de sus actores.