

# **Victoria Gallego Martínez**

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia FICP.

## **~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~**

**Resumen.-** El presente trabajo trata de realizar un breve estudio de las novedades que pretenden incorporarse en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

### **I. INTRODUCCIÓN**

Una de las diligencias de investigación más invasivas desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales viene constituida por la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. A pesar de ello y de afectar a derechos fundamentales como es el secreto de las comunicaciones y por ende al derecho a la intimidad, la regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas es realmente parca y obsoleta contenida en un único precepto, el art. 579 apartados 2 y 3 LECrim.

No debe olvidarse que la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal fue promulgada en 1882 fecha caracterizada prácticamente por la inexistencia de tecnología, pues el teléfono fue inventado en 1871. De entonces hasta la fecha la técnica ha avanzado de forma considerable resultando totalmente insuficiente la regulación en la materia ante los avances en las telecomunicaciones. Insuficiencia que se hace más patente desde la promulgación en 1978 de la Constitución con la promulgación de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. No obstante dicha evolución tecnológica no ha obtenido paralela respuesta legislativa, no habiéndose adaptado la regulación a las nuevas épocas supliéndose dicha carencia a través de la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que han consolidado las pautas exegéticas en la materia.

Actualmente no se concibe el mundo sin el uso de las nuevas tecnologías especialmente en materia de comunicación. Dichas tecnologías son utilizadas por las nuevas formas de delincuencia que adaptan su actuar a las evoluciones de aquéllas. No obstante ello, y desde la otra cara de la moneda, se constituyen en herramientas

imprescindibles en la investigación de aquéllas formas de delincuencia eso sí, sometidas a límites derivados de la concepción de un estado Social y Democrático de Derecho.

Con la finalidad de terminar con la situación actual, se ha aprobado el Proyecto de la Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal incluyendo una regulación de las medidas de investigación tecnológica que afectan limitando los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a los datos personales garantizados por la Constitución en los artículos 18 y 24 CE. Tratando de encontrar "un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y al espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros<sup>1</sup>"

La Exposición de Motivos de la citada Ley hace hincapié en la insuficiente y obsoleta normativa existente sobre la materia reconociendo que hasta la fecha han sido los jueces y tribunales quienes han definido los límites del Estado en la investigación del delito estableciendo las pautas en las que las injerencias en los derechos fundamentales a la intimidad debían ser consideradas legítimas.

## **II. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS**

### **1. Estado actual de la cuestión**

El art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia (correspondencia en sentido amplio, incluyendo las comunicaciones telefónicas) y, en su número 2 añade que “no puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la Ley y constituya una medida necesaria, en una sociedad democrática, para el mantenimiento de la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales..o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

---

<sup>1</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de 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.

Asimismo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, establece el valor jurídico de los principios generales del Derecho Comunitario, cabiendo su invocación ante el Tribunal de Justicia y en el art. 7 se establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”; y el art. 6 del Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 declara que “la unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales”- la LO 1/2008, de 30 de julio autorizó su ratificación por España.

Los anteriores textos internacionales constituyen a tenor del art. 10.2 CE parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades.

Por su parte, el art. 18.3 de la Constitución Española establece que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Dicho precepto no protege exclusivamente el secreto de las comunicaciones “íntimas”, sino cualquier clase de comunicación, con independencia de su contenido material, por ello se proclama por la doctrina el carácter “formal” de este derecho fundamental. Se protege no sólo el contenido, lo comunicado, sino también el continente – los datos externos del proceso comunicativo, es decir, el proceso de comunicación mismo, señalándose la autonomía del derecho al secreto de las comunicaciones respecto del derecho a la intimidad- SSTC 230/2007, 123/2002, 70/2002.

El desarrollo de dicho precepto constitucional se encuentra actualmente en el art. 579.2 y 3 de la LECrim. El art. 579.2 dice que

“asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”. Y el núm. 3 añade “de igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

El TS de 28-02-2007, núm. 155/2007, ha tildado dicha regulación, no sin razón, de “raquítica e insuficiente”, regulación que ha sido censurada en varias SSTEDH entre otras, en la de 18 de febrero de 2003 -Prado Bugallo vs. España-.

El secreto de las comunicaciones se encuentra, como hemos indicado garantizado por la Constitución Española en su artículo 18.3. Se trata de un concepto rigurosamente formal, y “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido” (SSTC 34/1996, de

11 de marzo, FJ 4), siendo el objeto directo de protección el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido y ello atendiendo a la evidente vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero. Se pretende con ese derecho que todas las comunicaciones, incluidas las electrónicas (STC 142/2012, FJ 3), puedan realizarse con libertad.

En cuanto al ámbito de cobertura de protección, viene señalándose de forma reiterada que no resulta oponible tal derecho frente al que tomó parte en dicha comunicación. Lo que garantiza la Constitución es su impenetrabilidad por parte de terceros. Por ello recuerda la STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 3, el derecho consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de la telefonía móvil, por ejemplo.

Por otro lado, el concepto de secreto de la comunicación, ampara no solo el contenido de la comunicación en sí, sino también otros aspectos accesorios de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que el derecho quedará también afectado en aquéllos supuestos de entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías de telefonía, así como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (vid .SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo; 56/2003, de 24 de mayo y, 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 2, o las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984, caso Manole c. Reino Unido, 84 y de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, 43).

El derecho al secreto de las comunicaciones en cualquier caso, no tiene carácter absoluto, pues puede estar sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas por la ley en función de intereses que puedan ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Para que tales restricciones puedan hacerse efectivas, es preciso que, partiendo de la necesaria habilitación legal, existan datos que en cada caso concreto pongan de manifiesto que la

medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado.

## **2. Regulación en el proyecto de modificación de la LECrim**

Se contiene la regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en los capítulos IV y V integrados en el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal arts. 588 bis a) y siguientes

El Capítulo IV contiene las Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imagen; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos, definiendo los principios rectores, los requisitos de las solicitudes y resoluciones judiciales y la forma de controlar las medidas así como la utilización de la información en distinto procedimiento y el destino de los registros.

La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se contiene de forma específica en el Capítulo V, que aparece estructurado en tres secciones distintas; la primera, recogiendo las disposiciones generales, arts. 588ter a) a 588 ter i); la Sección 2ª referida a la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados comprende un único artículo, 588 ter j) y, la Sección 3ª, relativa al acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad, incluye los arts. 588 ter k) a 588 ter m).

En el presente caso nos centraremos en el estudio y análisis de las disposiciones generales.

## **3. Disposiciones comunes a la totalidad de las medidas y particulares de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas**

### ***a) Principios generales***

Se establece en primer lugar, en el artículo 588 bis a)<sup>2</sup> los principios rectores, viniendo a reproducir los requisitos que hasta la fecha venía exigiendo el Tribunal

---

<sup>2</sup> Art. 588 bis a). Principios rectores. 1. Durante la instrucción de las causas se podrán adoptar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial

Constitucional en la materia para dotar de validez a la diligencia y por consiguiente para poder llegar a servir de prueba: judicialidad, especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Y es que como fuente de prueba y medio de investigación, las medidas deben respetar aquéllas exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas.

Viene por tanto a reproducir los principios que de forma reiterada ha establecido tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

Así por ser una medida que afecta al derecho a la intimidad, especialmente protegido, la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos reclaman siempre, de manera inderogable, que la injerencia responda a un complejo y exigente estándar de proporcionalidad que implica: a) que la medida esté prevista en la Ley; b) que resulte idónea para la consecución de los fines que la justifican, necesaria en cuanto la evidencia no puede obtenerse por medio de otros mecanismos con menos carga de lesividad; c) que entre la lesión del derecho fundamental y la finalidad perseguida se identifique un razón justificativa del sacrificio suficientemente seria; d) y que, de manera acentuada en nuestro sistema constitucional, la medida se ordene por la autoridad judicial con base a buenas razones justificativas que patenten la concurrencia de los anteriores presupuestos – entre otras SSTEDH, Bykov c. Rusia, de 10-03-2009; Szuluk c. Reino Unido, de 2-09-2009; Uzun c. Alemania de 2-09-2010, Viozel Burzo c. Rumanía de 30-09-2009; Xavier da Silveira c. Francia de 21-04-2010,

---

dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.2.- El principio de especialidad exige que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. Las medidas de investigación tecnológica prospectivas sobre la conducta de una persona o grupo están prohibidas. 3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad. 4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida. 5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Mengesha c. Suiza de 29-07-2010; Raducu c. Rumanía de 21-07-2009 y SSTC 87/2001, 22/2003, 184/2003; 136/2006, 66/2009, 128/2011.

Del principio de la judicialidad de la medida se derivan las siguientes consecuencias: a) solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad; b) el sacrificio lo será con la finalidad de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención del responsable, descartándose intervenciones predelictuales o de prospección. En esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación; c) precisamente por ello deberá efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las llamadas Diligencias indeterminadas. d) la resolución judicial habilitante deberá adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación. Dicha motivación no solo se exige de la resolución inicial así como de las sucesivas prórrogas y, e) exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida.

El principio de excepcionalidad implica que la medida no supone un medio normal de investigación sino excepcional y siendo una medida limitativa de un derecho fundamental, su uso deberá realizarse con carácter limitado. En la práctica la petición se efectuará al inicio de la investigación judicial, pero se exige que e acredite una previa y suficiente investigación policial que para avanzar precisa, por las dificultades del caso concreto, de la intervención telefónica, por lo que la excepcionalidad se contempla con las notad de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable.

Finalmente la proporcionalidad, exige como consecuencia de la excepcionalidad de la medida, una gravedad acorde y proporcionada acorde a los delitos a investigar. Sólo en relación a la investigación de delitos graves, será adecuado el sacrificio de la vulneración de los derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento.

***b) Presupuestos, ámbito y extensión***

Los presupuestos para la autorización de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se contienen en el art. 588 ter a) y por vez primera se limita la autorización a la investigación de determinados delitos: los del art. 579 (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de al menos tres años de prisión, los cometidos en el seno de organizaciones criminales y los de terrorismo) o los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

En cualquier caso y dados los intereses en conflicto y las disposiciones comunes, parece que la gravedad del delito a que se refiere el art. 588 bis a) para adoptar la medida restrictiva de derechos no se equipara a la calificación de delitos contenida en el art. 33 CP, donde los delitos graves son aquéllos sancionados con penas de prisión de más de cinco años.

En cuanto al ámbito de aplicación, el art. 588 ter b) comienza señalando que los terminales o sistemas de comunicación objeto de intervención han de ser aquéllos que ocasional o habitualmente utiliza el investigado, lo que obligará a definir qué se entiende por "ocasional".

En cualquier caso, y a pesar de aquella previsión, el art. 588 bis h)<sup>3</sup>, dentro de las disposiciones comunes, contempla expresamente la posibilidad de que las medidas limitativas de los derechos fundamentales que puedan adoptarse en el seno de un procedimiento puedan afectar a terceras personas. Tal expresión "terceras personas" parece referirse a personas ajenas al investigado o inculpado lo que confirma el art. 588 ter c) que permite la intervención de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una persona siempre que: a) exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquélla para transmitir o recibir información o, b) el titular colabora con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficia de su actividad. Y va más allá, ampliando la posibilidad de la intervención "cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular" lo que parece requerir previa denuncia del titular o cuando menos, una investigación previa que lo descarte como posible sujeto a investigar.

Relacionando este precepto con el art. 588 ter b) parece que el terminal o sistema de comunicación objeto de interceptación, cuando sea utilizado por el investigado de forma ocasional, será porque pertenece a una tercera persona, y para que la limitación le afecte, deberán cumplirse alguno de los requisitos previstos en el art. 588 ter c) que acabamos de referir.

Finalmente y por lo que se refiere a la extensión de la interceptación, además de los terminales o sistemas de comunicación podrá solicitarse y autorizarse "el acceso al

---

<sup>3</sup>Art. 588 bis h). Afectación de terceras personas. Podrán acordarse las medidas reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas.



contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico y 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."

**c) *Requisitos solicitud autorización judicial***

Se regula por vez primera los requisitos que debe cumplir la solicitud de autorización judicial de cualquiera de estas medidas con carácter general en el art. 588 bis b)<sup>4</sup> siguiendo la doctrina establecida ya al respecto. Asimismo en el art. 588 ter d) para el supuesto concreto de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas concreta que deberá, además, identificarse el número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica, la identificación de la conexión objeto de intervención o los datos necesarios para la identificación del medio de telecomunicación de que se trate. Y finalmente, deberá concretar la extensión de la medida que podrá recaer sobre cualquiera de los siguientes extremos: a) el registro y grabación del contenido de la comunicación; b) el conocimiento de su origen o destino, en el momento en que se realiza; c) la localización geográfica del origen o destino; d) el conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación en cuyo caso deberá, la solicitud especificar los datos concretos para cuya obtención interesa la solicitud.

Se infiere la exigencia de una "previa investigación" debiendo exponerse en la solicitud en qué ha consistido y cuál ha sido su resultado, los indicios de criminalidad que hayan revelado, los datos de los investigados y las razones que justifican la necesidad de la medida.

---

<sup>4</sup> Art. 588 bis b). Solicitud de autorización judicial. 1. El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. 2. Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener; 1º- la descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos. 2º. La expresión detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia. 3º.- Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida. 4º.- La extensión de la medida con especificación de su contenido. 5º.- La unidad investigadora de la Policía judicial que se hará cargo de la intervención. 6º. La forma de ejecución de la medida. 7º.- La duración de la medida que se solicita. 8º. El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

Los datos que deben incluirse en la solicitud consistirán en la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la posible implicación de la persona cuyo teléfono es objeto de la intervención. Tales datos deberán tener una objetividad suficiente, no resultando a tal fin la mera intuición policial o conjeturas. La objetividad de los datos lo será en un doble sentido: el de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que deba autorizar la medida. Lo contrario impediría todo posible control judicial.

Esos datos habrán de proporcionar asimismo una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la persona concernida.

Los indicios de criminalidad deberán ser posteriormente valorados por la autoridad judicial a fin de resolver sobre la medida de investigación interesada.

Al respecto recordar cómo ya el Tribunal Supremo había señalado (SSTS 9-10-2008) que es preciso que consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002, que en el momento inicial del procedimiento, en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica, no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 de noviembre y STS 1018/1999, de 30 de septiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de determinada persona, pues en ese caso la integridad de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos.

Tales indicios han de ser entendidos como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida. Han de ser objetivos “en un doble sentido.

En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona” (STC 184/2003, de 23 de octubre). Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que “permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y de 15 de junio de 1992, caso Ludí) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim, en “indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579.1 LECrim) o, “indicios de responsabilidad criminal” (art. 579.3 LECrim) (SSTC 49/1999 de 5 de abril, F.8; 166/1999, de 27 septiembre, F.8; 171/1999, de 27 septiembre F.8; 299/2000, de 11 de diciembre, F.4; 14/2001, de 29 enero, F.5; 138/2001, de 18 junio, F.3; 202/2001, de 15 octubre F.4) (STC 162/2002, de 18 septiembre)

En definitiva, la decisión debe adoptarse teniendo en cuenta la existencia de indicios y no de meras suposiciones o conjeturas (STS 54/1996, 181/2003), exigencia troncal, en la medida en que de su cumplimiento pende la propia validez del acto investigativo, e impone al Juez, como se destaca entre otras muchas en la STS de 30 de noviembre de 2011 y 16 diciembre de 2011, no un acto de fe respecto a lo que la policía le comunica, sino un juicio crítico sobre la calidad de dichos datos, de dichas informaciones. De tal manera no pueden bastar meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Como establece la STS de 30 de noviembre de 2011,

“...no es suficiente que quien solicita la medida comunique, sobre la base de sus noticias o informaciones, que sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo o va a cometer un delito, o que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que traslade al Juez las razones de tal afirmación, o el contenido de aquella indagación en su integridad, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes, alcanzados como su resultado, pues precisamente esos elementos son los que deben ser valorados por el Juez para decidir acerca de la consistencia de los indicios y de la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental que le es solicitada”. Y como mantiene la STC 197/2009, “...el Tribunal ha considerado insuficiente la mera información de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser...”.

Las exigencias de protección de los derechos fundamentales en juego impiden que meras conjeturas o pronósticos de eficacia prospectiva puedan servir para fundamental su lesión.

Por su parte el Tribunal Constitucional señalaba que, entre los requisitos imprescindibles para que una intervención telefónica ordenada por resolución judicial no constituya intromisión ilegítima en el derecho al secreto de las comunicaciones, figura la necesaria identificación en aquélla del número o números de teléfono a intervenir, y su vinculación con las personas investigadas. Así la STC 165/2005, establece que “la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución. Así pues también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo”.

En este extremo debe señalarse que si bien se determinan los requisitos formales de la solicitud, y se hace referencia a que se presentará ante el juez de instrucción, nada se dice sobre el juez que debe estimarse competente para resolver sobre dicha solicitud cuestión sobre la que se han planteado diversos problemas.

Finalmente, el art. 588 ter d) en su número 3 reproduce el actual art. 579.4 LEcrim en cuanto a la posibilidad de adoptar la medida sin el previo control judicial, por orden del Ministerio del Interior o del Secretario de Estado de seguridad, para los supuestos de delitos relacionados con las bandas armadas o elementos terroristas en caso de urgencia cuando existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida en cuyo caso deberá comunicarse la adopción de la misma al juez competente "inmediatamente si bien añade o en todo caso "dentro del plazo máximo de 24 horas haciendo constar las

razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado". El juez competente revocará o confirmará la actuación de forma motivada en un plazo de 72 horas desde que fue ordenada.

**d) Resolución judicial**

El art. 588 bis c)<sup>5</sup> establece la necesidad de pronunciamiento judicial sobre la solicitud, así como la necesidad de previa audiencia al Ministerio Fiscal (sin distinguir si sea éste o no el instante de la solicitud). La resolución deberá dictarse en el plazo máximo de las 24 horas siguientes a la presentación.

No obstante, deja pie a un plazo superior e indeterminado "cuando resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de algunos de los requisitos expresados en los artículos anteriores" en cuyo caso, con interrupción del plazo referido, podrá requerir "una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud". Parece estar contemplando por tanto aquéllos supuestos en los que la solicitud presentada, bien por la Policía Judicial bien por el Ministerio Fiscal, adolezca de alguna deficiencia puntual (no se ha concretado la unidad de investigación que se hará cargo de la investigación, existencia de errores en cuanto a los investigados o encausados etc.) puesto que en el caso que considere que la investigación previa es del todo insuficiente o incluso inexistente o que los indicios de criminalidad referidos por el instante no existen como tales, lo lógico será el dictado de la resolución denegando la medida.

Se indica también el contenido mínimo de la resolución habilitando la medida de investigación, concretando el hecho punible y su calificación jurídica, expresión de los indicios racionales, identidad de los investigados y de otros afectados por la medida, la extensión de la medida, duración, finalidad perseguida y forma y periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.

---

<sup>5</sup>Art. 588 bis c). Resolución judicial. 1. El juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de 24 horas desde que se presente la solicitud. 2. Siempre que resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores, el juez podrá requerir, con interrupción del plazo a que se refiere el apartado anterior, una ampliación o aclaración en los términos de la solicitud. 3. La resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos: a) el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida. b) la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido. c) la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance. d) la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. e) la duración de la medida. f) la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida. g) la finalidad perseguida con la medida.

En la resolución el juez deberá valorar los intereses en conflicto, la gravedad de los hechos, su trascendencia social o ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios y la relevancia del resultado perseguido.

Es fundamental la valoración que se realice en la primera resolución adoptando la medida interesada, ya que, si esta fuera calificado como ilícito, ello acarrearía la ilicitud de las ulteriores escuchas o intervenciones fundadas en datos conocidos a partir de la ilícita intervención inicial, por evidente conexión de la antijuricidad, con arreglo al art. 11.1. de la LOPJ, tal y como se indica, por ejemplo en las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 985/05, de 22 de julio, 719/2005, de 6 de junio, 530/2004, de 29 de abril, 498/2003, de 24 de abril, 1643/2001, de 24 de septiembre.

*e) Secreto*

En todo caso, se indica con carácter general para la totalidad de medidas en el art. 588 bis d) que las solicitudes y las actuaciones posteriores relativas a la medida, se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa. Esto último supone una importante novedad, en cuanto a la no necesidad de pronunciamiento expreso sobre el secreto de las actuaciones. No obstante, en la práctica y por lógica tales actuaciones gozaban siempre de la condición de secretas pues carece de sentido que siendo las actuaciones judiciales públicas para los intervinientes, se les diera traslado de la resolución autorizante de la interceptación de sus comunicaciones .

En cualquier caso el precepto planteará problemas pues si bien se afirma que la pieza separada será secreta sin necesidad de que se acuerde expresamente, nada se dice de la causa principal que por pura lógica exigirá asimismo el carácter secreto.

En particular respecto de las comunicaciones telefónicas y telemáticas el art. 588 ter i) precisa que alzado el secreto -lo que implica resolución expresa al efecto y no casa bien con la innecesariedad de su declaración expresa- y expirada la vigencia de la medida se entregará a las partes copia de las grabaciones y de su transcripción con exclusión de los "datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas" haciéndose constar expresamente en su caso la no inclusión de los mismos fijando un plazo para su examen en función del volumen de la información. Dentro de dicho plazo las partes podrán, no obstante lo anterior, solicitar "la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas" en referencia a los

datos referidos a los aspectos de la vida íntima, únicos cuya exclusión se prevé. El juez "oídas o examinadas por sí esas comunicaciones decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa" de lo que parece inferirse que será la propia policía la que inicialmente excluya aquéllos datos.

El último párrafo del art. 588 ter i) hace referencia a las personas intervinientes en las comunicaciones, distintas del investigado, a aquéllos interlocutores que comunicaron con aquél, estableciendo con carácter general que se les notificará por el juez el hecho de la práctica de la injerencia informándoles de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas a quienes si lo solicitan, se les entregará copia de la grabación o transcripción en la medida que ello "no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiera adoptado la medida de injerencia". Como se establece que dicha comunicación no se realizará cuando "sea imposible, exige un esfuerzo desproporcionado o se puedan perjudicar futuras investigaciones". Ello parece que exigirá, pese al silencio, resolución judicial motivando la no comunicación a los terceros o la no entrega de la copia o de su transcripción.

#### **f) Duración y prórroga**

La duración se encuentra regulada con carácter general en el art. 588 bis e)<sup>6</sup> y posteriormente se especifica la duración para cada una de las medidas de investigación concretas. En concreto para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas el art. 588 ter g) prevé una duración máxima inicial de tres meses que podrá prorrogarse hasta un máximo de 2 años.

Resulta destacable, por la novedad que supone, el cese automático de la intervención a que hace referencia el art. 588 bis e) y con ello la no exigencia de resolución judicial poniendo fin a la medida, una vez finalizado el tiempo por el que se concedió o en su caso, finalizada la prórroga. Sin embargo, ello no es más que un

---

<sup>6</sup> Art. 588 bis e).- Duración. 1.- Las medidas reguladas en el presente capítulo tendrán la duración que se especifique en cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. 2.- La medida podrá ser prorrogada, mediante auto motivado, por el juez competente, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron. 3.- Transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos.

espejismo, por cuanto posteriormente, el art. 588 bis j)<sup>7</sup> establece con carácter imperativo que el juez acordará el cese en todo caso cuando haya transcurrido el plazo para el que la autorizó.

En el art. 588 bis f)<sup>8</sup> se prevé con carácter general la solicitud de prórroga y sus requisitos. Se completa para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en el art. 588 ter h). Contrariamente a la previsión de adopción de oficio de la medida no se prevé la prórroga de oficio, precisando solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Con la solicitud la Policía Judicial aportará "la transcripción de aquéllos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida".

En relación al tiempo en que dicha solicitud deberá presentarse se indica en las disposiciones generales que se presentará "con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido" no obstante lo cual se exige resolución al respecto dentro de los dos días siguientes a la presentación. Dentro del ese plazo de los dos días, no se exige audiencia al Ministerio Fiscal frente a la previsión contenida para la resolución inicial y se prevé expresamente que pueda solicitarse aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas, que en todo caso, deberá efectuarse dentro de ese plazo.

Una vez solicitada, la concesión o no de la prórroga precisará, pese a que omite cualquier pronunciamiento al respecto, resolución motivada, al igual que la resolución inicial adoptando la medida.

Se prevé expresamente que concedida la prórroga el cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada, lo cual es una obviedad que no precisaba de regulación, excepto que esté preveyendo el legislador la posibilidad de acordar la prórroga con posterioridad a la fecha final autorizada otorgándole en tal caso

---

<sup>7</sup>Art. 588 bis j) Cese de la medida.- El Juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

<sup>8</sup>Art. 588 bis f).- Solicitud de prórroga. 1- La solicitud de prórroga se dirigirá por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial al juez competente con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido. Deberá incluir en todo caso: a) un informe detallado del resultado de la medida; b) las razones que justifiquen la continuación de la misma. 2.- En el plazo de los dos días siguientes a la presentación de la solicitud, el juez resolverá sobre el fin de la medida o su prórroga mediante auto motivado. Antes de dictar la resolución podrá solicitar aclaraciones o mayor información. 3.- Concedida la prórroga, su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada.



efectos retroactivos lo cual a la vista de la propia regulación, resulta incoherente desde el momento en que se prevé rotundamente que transcurrido el plazo por el que fue concedida sin haberse acordado la prórroga o finalizada esta, cesará a todos los efectos.

En cualquier caso y conforme al art. 588 bis j) se prevé que, a la vista del resultado de la diligencia, el juez pueda acordar el cese de la medida, sin esperar a la finalización del plazo inicialmente concedido "cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de las mismas no se están obteniendo los resultados pretendidos". No se exige expresa motivación ni se indica la forma en que deberá acordarse el cese. Lo lógico será mediante Auto debidamente motivado. Ahora bien, deberá estarse a la práctica para determinar cuándo concurren aquéllos requisitos, pues al no haber especificado plazo mínimo pudiera pensarse que si transcurridos 7 días de la adopción de la medida no se obtienen los resultados pretendidos se permite dejar sin efecto la misma. El único supuesto imaginable que se me ocurre para adoptar el cese adelantado, contraviniendo un acto anterior propio debidamente justificado, será el del fallecimiento del investigado o el cambio de medio de comunicación utilizado por el mismo.

**g) *Control de la medida***

Derivada del principio de judicialidad de las medidas reguladas en el capítulo, contenido en el art. 588 bis a), el art. 588 bis g)<sup>9</sup> reitera la necesidad de control judicial tanto de su desarrollo como de los resultados. La forma y la periodicidad dependerá de lo indicado en la resolución habilitante.

**h) *Utilización de la información en otro procedimiento distinto y descubrimientos casuales***

El art. 588 bis i)<sup>10</sup>, dentro de las disposiciones comunes, prevé la utilización de elementos probatorios obtenidos en un procedimiento penal distinto, esto es, que la información obtenida en un concreto procedimiento pueda utilizarse en procedimiento distinto para lo cual se deducirá testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia incluyéndose entre los antecedentes indispensables, en

---

<sup>9</sup> Art. 588 bis g) Control de la medida.- La Policía Judicial informará al Juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine, y en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

<sup>10</sup> Art. 588 bis i) Utilización de la información en otro procedimiento distinto y descubrimientos casuales. El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regularán con arreglo a lo dispuesto en el art. 579 bis.

todo caso, la solicitud inicial para la adopción , la resolución judicial que la acuerde y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen. Ello es la plasmación legislativa del acuerdo no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2009<sup>11</sup> y la jurisprudencia inspirada en el mismo (SSTS de 24 junio de 2010, de 26 de julio de 2010 y de 31 de marzo de 2011 entre otras).

En cuanto a los descubrimientos casuales en el transcurso de una investigación en la que de las interceptaciones de comunicación autorizadas para un concreto delito se descubren datos de los que puede inferirse la comisión de otro distinto, se establece que la continuación de la medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente debiendo informarse, si las diligencias continúan secretas a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce.

Ello no es más que una consecuencia del principio de especialidad que rige en la investigación. Ya hemos indicado que en la resolución que determine la adopción de la medida deberá figurar la identificación del delito cuya investigación lo hace necesario, en orden a evaluar la concurrencia de la proporcionalidad de la decisión y la evitación de "rastros" indiscriminados de carácter meramente preventivo o aleatorio sin base fáctica de la comisión del delito, proscritos en nuestro ordenamiento. Por ello el principio de especialidad justifica la intervención solo en relación al delito investigado pero no es infrecuente que en el transcurso de la ejecución de la medida los llamados descubrimientos ocasionales o causales, relativos a hechos nuevos (no buscados, por ser desconocidos en la investigación instructora en la que irrumpen), bien conexos, bien inconexos con los que son objeto de la causa y pueden afectar al investigado y/o a terceras personas no investigadas en el procedimiento. En tales supuestos, la solución

---

<sup>11</sup> Acuerdo adoptado en Sala General, por el Pleno de la Sala Segunda, en reunión de 26-05-2009. Asunto: Habilidad de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio. Acuerdo: En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más su nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquél medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativos al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba.

jurídica no era uniforme en la doctrina y así se distinguió: (según numerosa Jurisprudencia, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo 25/2008 de 29 de agosto, o, del propio Tribunal Constitucional, sentencia, entre otras, 49/1996):

- Si los hechos descubiertos tenían conexión (art. 17 LECrim) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirían efectos tanto de investigación como, posteriormente de prueba.( SS.TS. 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994)
- Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardaban esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionadamente su adopción, se estimaban como mera "notitia criminis" y se deducía testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se iniciara el correspondiente proceso. (STS. 15 de julio de 1993)

De la nueva regulación parece, por tanto desprenderse que sean o no conexos los hechos casualmente conocidos, se exigirá en todo caso la correspondiente autorización judicial del juez competente.

*i) Destrucción de los registros*

Finalmente el art. 588 bis k) con carácter general para todas las medidas, regula el destino de los registros que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida señalando que una vez se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales conservándose una copia bajo custodia del secretario judicial. Y una vez transcurridos cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito, se acordará la destrucción de las copias conservadas.

La destrucción se materializará por la Policía Judicial previa orden dictada por los tribunales.

### **III. CONCLUSIONES**

De la falta más absoluta de regulación sobre la materia se contiene en el proyecto una regulación pormenorizada e incluso excesiva, ajustándose en su mayoría a lo que hasta la fecha venían estableciendo la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sorprende sin embargo la amplitud de los sujetos a quienes podrá afectar la medida, puesto que como hemos indicado no solo se refiere al investigado sino también a terceras personas incluidas los titulares de los terminales utilizados ocasionalmente por el investigado así como la posibilidad de autorizar la interceptación de las comunicaciones hasta un plazo de hasta dos años y ello teniendo en cuenta la limitación temporal -de 6 meses o 18 meses cuando la investigación sea compleja- que se la reforma de la LECrim para la instrucción de las causas.

Igualmente sorprendente resulta la previsión de la posible adopción de una medida tan gravosa en cuanto limitativa de derechos, por órganos ejecutivos sin previo control judicial

Deberá estarse en todo caso a la definitiva aprobación de la Ley así como a los debates que se produzcan en su aplicación.