



MÁSTER EN ABOGACÍA

Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife

Escuela de Práctica Jurídica

Curso 2021/2020

Convocatoria de Marzo

TIPOS DE COMUNICACIONES Y SU INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL

Alumno: RAQUEL IBOLEON LAYNEZ

Tutor/a: JUANA PILAR RODRÍGUEZ PÉREZ

Disciplina Jurídica: DERECHO PROCESAL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	página 3
RESUMEN	4
PRIMERA PARTE	
1. Análisis del Artículo 18.3 de la Constitución	5
2. Intervención de las Comunicaciones	7
1. Principios Rectores de la Intervención de las Comunicaciones	8
2. Interceptación de las Comunicaciones Telefónicas y Telemáticas	10
3. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica	16
SEGUNDA PARTE	
1. Intervención de las comunicaciones Abogado - Cliente: análisis de la intervención de las comunicaciones en el Caso Gürtel	21
2. Breve referencia a la intervención de las comunicaciones por Redes Sociales	31
TERCERA PARTE	
Interceptación de las Comunicaciones Orales: especial referencia a los altavoces inteligentes como prueba en el proceso penal	33
CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	45

INTRODUCCIÓN

Con el transcurso del tiempo, las nuevas tecnologías han ido evolucionando, lo que ha supuesto la necesidad de que el derecho positivo ofrezca una regulación acorde con los nuevos tiempos, contemplando medidas de investigación que permitan la utilización de estas tecnologías, haciendo más eficaz la investigación de los delitos.

En este trabajo se estudiarán, los presupuestos y características necesarias en la adopción de la intervención de las comunicaciones, así como las modificaciones normativas de las que ha sido objeto. En este sentido, se presta especial atención a las comunicaciones telefónicas y telemáticas que frente a la ausencia de regulación legal antes de la reforma operada de la ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, ahora ofrece una regulación legal detallada.

Se hará una breve mención a la intervención de las comunicaciones a través de las redes sociales, junto con el análisis de un caso real jurisprudencial. Seguidamente, se hace referencia a la intervención de las comunicaciones entabladas entre abogado-cliente y se analizará el Auto de adopción de la interceptación de las mismas en el conocido Caso Gürtel. Este apartado del trabajo resulta de gran interés, habida cuenta que el objetivo final del Máster de la Abogacía es el ejercicio.

Finalmente, se concluirá con la interceptación de las comunicaciones orales, poniendo de relieve los altavoces inteligentes como medio novedoso en la investigación y enjuiciamiento de hechos delictivos. Concretamente se hará un análisis de la intervención de dichos dispositivos en el derecho comparado.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la medida restrictiva de derechos de intervención de las comunicaciones, concretamente las telemáticas, telefónicas, a través de las redes sociales, entre abogado-cliente y las orales. Finalizando, con la utilización de dispositivos inteligentes como testigos en el proceso penal.

Tanto la interceptación de las comunicaciones como las modalidades comentadas en el cuerpo del trabajo son el resultado de años de desarrollo tecnológico, lo que ha supuesto un reto normativo para el legislador, a fin de dar respuesta a las necesidades legislativas imperantes en la actualidad.

ABSTRACT

This paperwork analyzes the restricted rights measure about the intervention of the communications, specifically, those related to the telematic and telephone communications, also the ones via social networks, lawyer-client communications and the oral ones. Finalizing, with the use of intelligent devices as witnesses in the criminal process.

The intervention of the communications and the different types of them developed along this paperwork are the result of year of technological innovation, which has been a legal achievement for the legislator, in order for him to give responses to the prevailing legal necessities of nowadays. .

PRIMERA PARTE

1.- Análisis del artículo 18.3 de la Constitución

El precepto objeto de análisis se encuentra en la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), concretamente dentro del Título I, Capítulo Segundo, Sección 1ª. “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”: “3. *Se garantiza al secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”.

Las personas titulares del derecho al secreto de las comunicaciones son tanto las personas físicas como jurídicas con independencia de su nacionalidad (artículo 13.1 CE)¹. Así, este derecho fundamental, goza de un nivel máximo de garantía mediante una protección reforzada y preferente. Nuestro derecho interno, concretamente el Código Penal de 1995 (en adelante CP) reconoce como titulares a la personas físicas y jurídicas, tipificando la interceptación de las comunicaciones como hecho constitutivo de delito (artículos 197 y 200 CP respectivamente)².

Mayor casuística reviste la concreción del objeto de protección del derecho fundamental cuyo contenido es puramente formal y abarca desde comunicaciones de carácter íntimo a comunicaciones de cualquier otra índole, viéndose protegido de intromisiones provenientes tanto de poderes públicos como de particulares (STC 114/1984, de 29 de Noviembre), por lo que el contenido, en sí mismo, de las comunicaciones no reviste relevancia jurídica sino la acción de interceptación de las mismas y de sus interlocutores, e incluso el mero conocimiento de lo transmitido sin

¹ “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

² “1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”. “Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código” (artículo 200 CP).

mediar consentimiento por parte del emisor para su obtención (SSTC 123/2002, 56/2003, 230/2007).

En relación a los medios por los cuales se realizan las comunicaciones, el precepto constitucional recoge tres tipologías: postales, telegráficas y telefónicas; sin embargo, tal enumeración reviste un carácter “*numerus apertus*” y cabe entender que engloba otro tipo de medios de transmisión, como pueden ser el correo electrónico, *whatsapp*, entre otras, siempre que medie artificio instrumental o técnico. Esta clasificación abierta se debe, principalmente, a los desarrollos tecnológicos imperantes en nuestra sociedad que obligan al legislador a adaptarse y recoger medios alternativos no previstos hasta el momento y que precisan de igual regulación.

La jurisprudencia contempla una mayor cobertura del derecho a las comunicaciones telefónicas que a las postales, donde los grados de vulneración van desde su intervención hasta el conocimiento de los intervinientes y la duración de las mismas (STEDH de 30 de Julio de 1998 y STC 123/2002, de 20 de Mayo). Cabe destacar la STEDH de 18 de Febrero de 2003, en la que un ciudadano español D. José Ramón Bugallo demandó a España por la presunta violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)³. El Tribunal desestimó la demanda del particular basando su decisión en la comparativa con otra de sus resoluciones anteriores, el asunto Venezuela Contreras (STEDH de 30 de Julio de 1998), pues su antecesora “*no indicaba con la suficiente claridad, en el momento de los hechos, la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el campo considerado*”⁴, lo que fue interpretado como una efectiva violación del artículo 8 del CEDH. Sin embargo, una consideración que ofrece la resolución objeto de análisis es la insuficiencia normativa que existe en relación a las

³ “1. Toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud, o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁴ Párrafo núm. 28 de la STEDH de 18 de Febrero de 2003.

garantías que rodean este derecho fundamental, para evitar abusos al poner de manifiesto que las modificaciones incorporadas con la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de Mayo de 1988 de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LO 4/1988) resultaron escasas a la hora de dar respuesta a las necesidades legislativas derivadas de la práctica, motivo por el cual la jurisprudencia, supranacional y nacional, ha tenido que ir adaptando un modelo de garantías complementarias como respuesta a dicha necesidad de regulación.⁵ La Sentencia del TEDH citada, denuncia que la anomia legislativa imperante, supone una insuficiencia que afecta primordialmente a la duración de la ejecución de la medida, a las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas y a las precauciones a observar, para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, a los fines del eventual control por el juez y la defensa.

2.- Intervención de las Comunicaciones

El legislador español ha ido incrementando el desarrollo normativo de nuestros cuerpos legales debido a la continua evolución de la sociedad actual, ofreciendo respuestas a necesidades jurídicas con el objetivo de evitar lagunas. Muchas han sido las modificaciones que ha ido experimentando la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en adelante LECrim), siendo la más reciente la introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de Junio de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia.

En relación al tema objeto de este trabajo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) la interceptación de las comunicaciones aparece recogida en el Capítulo III, Título VIII, Libro II, artículos 579 y siguientes, cuya última modificación vino de la mano de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de Octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (en adelante LO 13/2015).

⁵ Párrafos núm. 29, 30, 31 y 32 de la STEDH de 18 de Febrero de 2003.

1. Principios rectores de la intervención de las comunicaciones

La LECrim comienza haciendo alusión al primer elemento necesario para el desarrollo de la diligencia: previa solicitud de autorización judicial, *“con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida”*⁶, la cual deberá acordarse mediante auto judicial motivado concretando los extremos que ha de revestir. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de Marzo de 2004, pone de manifiesto la relevancia que desprende la exclusividad jurisdiccional como requisito fundamental para, *“establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones”*⁷.

La resolución judicial debe ser motivada y exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que devenga la necesidad de la aplicación de la medida: *“número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas con determinación del grado de intervención, el tiempo de duración de la intervención (que revestirá un carácter razonable), quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba de darse cuenta al juez de sus resultados para controlar su ejecución (...). Siempre partiendo de unas sospechas que “han de fundarse en datos fácticos o indicios 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” (STC 202/2001)”*⁸.

En palabras de Elvira Perales, la medida tiene una finalidad exclusivamente probatoria en tanto en cuanto exige el cumplimiento del principio de necesidad, el cual determina que la mera sospecha policial no es indicio suficiente para la implantación de la medida debido a su carácter restrictivo⁹. Cabe destacar, en este sentido, jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, que para el caso de investigación de presuntas

⁶ Artículo 588 bis a). 1 LECrim.

⁷ SANCHA DÍEZ, J.P (2014), *“Intervención de las Comunicaciones y Escuchas Telefónicas”*. www.NoticiasJuridicas.com

⁸ ELVIRA PERALES, A. (2003), *“Sinopsis Artículo 18”*. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1991 (RJ 1991, 1335).

comisiones de delitos contra la salud pública (tráfico de drogas), establece como motivos fehacientes para la aplicación de la medida, el contacto de los investigados con personas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, la ausencia de actividad laboral combinada con la aparente solvencia económica, entre otros.¹⁰

A mayor abundamiento, la intervención de las comunicaciones telefónicas debe ser excepcional y proporcional, ello quiere decir que sólo habrá de adoptarse cuando no existan otras medidas de menor incidencia en el derecho fundamental para la investigación del presunto delito. Así, la proporcionalidad hace referencia al carácter grave que debe revestir el delito que se pretende investigar, sin embargo, este principio supone el nacimiento de una problemática y es la ausencia normativa concreta para determinar un “*quantum*” de delitos con respecto a los cuales se podría adoptar esta medida de investigación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de Junio de 1993, unifica las dos teorías imperantes hasta el momento al considerar que, la medida tiene cabida en aquellos supuestos de delitos muy graves, así como, para los ilícitos que aún siendo leves tuvieran trascendencia social, lo que ciertamente no elimina por completo el conflicto en cuanto a la delimitación de la proporcionalidad de forma efectiva.

Otra restricción relevante es el control de la periodicidad, entendido como la limitación del periodo temporal de extensión de la vigencia de la medida. La LECrim, recoge periodos trimestrales individuales prorrogables por razones de peso¹¹. Las grabaciones obtenidas durante dichos meses, deberán ser examinadas por el Juez de Instrucción en presencia del Letrado de la Administración de Justicia (en adelante LAJ), a fin de decidir sobre la procedencia de la continuación de la medida o, por el contrario, acordar el cese de la misma. Asimismo, las grabaciones que los cuerpos y fuerzas de

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 2004, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 2003 (STS 343/2003) y Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 2003 (STS 988/2003)

¹¹ “El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.”

seguridad entreguen, deben ser originales, no pudiendo entregarse copias o fragmentos ya seleccionados. Debe ser el Juez Instructor quien una vez escuchadas y transcritas las grabaciones elija qué partes considera de importancia para la investigación.

El aspecto subjetivo de la medida, es otro factor a tener en cuenta, pues limita la investigación de las comunicaciones, únicamente, a las personas sobre las que se dirige el procedimiento de instrucción, debiendo interceptarse de forma exclusiva los teléfonos de los mismos o los teléfonos que utilicen (usuarios no propietarios), pese a no ser necesariamente de su titularidad, así como, tener conocimiento de los números de teléfono concretos que se van a intervenir, debiendo abstenerse de intervenir aquellas comunicaciones protagonizadas por personas distintas a las que se pretende investigar.¹²

2. Interceptación de las Comunicaciones Telefónicas y Telemáticas

La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas aparece recogida en el Capítulo IV, Título VIII, Libro II, artículos 588 bis a) y siguientes de la LECrim, modificada posteriormente por la LO 13/2015, de 5 de Octubre, que se estudiará a lo largo de este trabajo.

El ordenamiento jurídico español plantea unas exigencias para la aplicación de esta medida, de las más estrictas exigidas en el derecho comparado, ya que en otros ordenamientos jurídicos no se exige el requisito de la autorización judicial para su adopción, o en caso de sí exigirla, no requiere de una motivación exhaustiva tal como se precisa en España¹³.

Uno de los principios rectores de la medida de interceptación de las comunicaciones es el principio de especialidad, es decir, los argumentos que

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de Marzo de 1996 (STC 49/1996) y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1993.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Julio de 2012 (STS 635/2012).

fundamenten la adopción de dicha medida deben ser lo suficientemente notorios como para no ser considerados simples conjeturas. En este sentido, el artículo 588 bis a). 2. LECrim, pone de manifiesto la necesidad de una base objetiva para la investigación de delitos mediante la utilización de dispositivos para interceptar comunicaciones telefónicas o telemáticas en las que intervenga el investigado.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de Julio del 2000 (TOL 4.924.747), la recurrente interpone recurso de casación bajo la premisa de vulneración del artículo 18.3 CE por la ilícita interceptación de unas comunicaciones telefónicas habida cuenta de que el auto judicial que acordó la medida *“carecía de la necesaria y suficiente motivación. En particular se afirma que el auto está apoyado en simple conjeturas y no en indicios”*¹⁴. El Tribunal (en su Fundamento de Derecho Tercero) desestima el recurso presentado y alega lo siguiente en relación a la insuficiencia motivacional: *“Si el Juez de Instrucción se ha remitido a informes policiales con suficientes motivos de sospecha para acreditar desde el punto de vista de la experiencia criminalística suficientes motivos de sospecha, la motivación por remisión no vulnera ningún derecho fundamental, toda vez que el informe policial se integra en el auto por tal remisión. En el presente caso, por lo tanto, la motivación resulta suficiente, dado que -como reconoce la defensa- no sólo se basa en una genérica sospecha expuesta en oficio que obra al folio 5 de las diligencias, sino en un hallazgo casual que tuvo lugar en otra causa, que tramitaba en el mismo juzgado, como consecuencia de las intervenciones telefónicas ordenadas el 12-3 y 21-3-97”*.

Asimismo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de Febrero de 2003 (TOL 4.928.961), el Tribunal enumera toda una serie de hechos que fundamentan la interceptación de las comunicaciones del recurrente: *“Y estudiado el oficio policial solicitante (fecha 30 de octubre de 1996, referencia 2361) y el auto judicial habilitante (4 de noviembre de 1996), las quejas de los recurrentes carecen de todo fundamento. En efecto, se expone que existe una investigación precedente sobre Jorge , propietario del*

¹⁴ Sentencia el Tribunal Supremo de 21 de Julio de 2000 (TOL 4.924.747)

bar DIRECCION003 de La Estrada, por su implicación en el tráfico de cocaína, y que desde hace un año aproximadamente, el citado estaba intentando comprar por medio de Rodolfo un barco pesquero con la finalidad de realizar un transporte de cocaína desde Sudamérica a Galicia, no materializándose la operación por problemas con la organización colombiana (se controló numerosas citas tanto en su cafetería como en la localidad de Barrantes); también relata el oficio policial que desde hace algún tiempo está preparando otro transporte de cocaína, y para ello mantiene continuos contactos con Jesús Carlos , y expone sus antecedentes judiciales y los enlaces precisos para llevar a cabo tal operación, formulando la necesidad de la medida, por lo que el juez instructor, tras abrir diligencias previas por auto de la misma fecha, ordena con sucinta motivación por remisión al "anterior oficio" policial la intervención, grabación y escucha de los teléfonos 57-09-57 y 57-09-93 del abonado Jorge , por plazo de un mes. Con fecha 2-12-1996 (folio 15) se solicita la prórroga, cese y nueva autorización de los teléfonos que se citan, con apunte del avance de las investigaciones, puntos de contacto y personas (Luis Antonio y Rodolfo), el concierto sobre un transporte de cocaína por mar, autorizándose mediante auto judicial habilitante de fecha 2 de enero de 1997. El día 30 de enero de 1997, consta otro oficio policial, dando cuenta de las investigaciones policiales, así como de la necesidad de continuar con la interceptación en razón de que los investigados detectan los seguimientos policiales. Ese mismo día, dicta el juez de instrucción, auto de prórroga de la medida (folios 47 y siguientes). Véanse igualmente los folios 101, 122, 174, 181, 233, 266, 318, 333, 448, 455, 461, 604, 611, 636, 655, 783, 789, 812, 894, 1221, 1222, 1223, 1229, 1232, 1437, 1448, etc., en los cuales se da cuenta del avance de las investigaciones policiales y los sucesivos autos judiciales habilitantes, y de la entrega de cintas originales y de sus transcripciones. De modo que no pueden tacharse de falta de motivación, toda vez que la materia que se investiga a cargo de promotores de un viaje transoceánico de cocaína, en el seno de una organización criminal dedicada al mismo, ofrece una gran complejidad, por las precauciones que adoptan, derivada de la envergadura del proyecto, que justifican sobradamente la medida de interceptación telefónica que, junto con los seguimientos, son instrumentos necesarios, utilizables por la policía judicial, como así ha sido en el caso de autos.”

Una vez mencionadas sentencias en las que la interceptación de las comunicaciones deviene legal se plantea la cuestión de en qué casos la adopción de la medida es considerada ilegal. Para ello, traemos a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de Septiembre de 2002 (TOL 205.001), que analiza en profundidad la solicitud policial que sustenta el posterior auto judicial acordando la medida (ambos documentos son transcritos en los Fundamentos de Derechos de la Sentencia), y llega a la conclusión, de que éste último carece de argumentación suficiente como para intervenir las comunicaciones telefónicas, vulnerando así el derecho fundamental recogido en el artículo 18.3 CE, *“pues la referida solicitud se limita a afirmar la existencia de un delito y la participación en él de la persona respecto a la que se solicita la intervención telefónica, pero sin expresarse en ella ni en la resolución judicial dato objetivo alguno que pueda considerarse indicio de la existencia del delito ni de la conexión de aquella persona con el mismo sobre el que pudiera sustentarse el referido conocimiento. En efecto, en aquella solicitud, cuyo contenido hace suyo la autoridad judicial, se alude a la existencia de una investigación policial previa en todo el territorio nacional sobre organizaciones de personas dedicadas a la actividad ilícita de la piratería de casetes y, en concreto, a la existencia en la provincia de Alicante de un grupo de esas personas, sin que se precise en qué han consistido tales investigaciones, ni cuál ha sido su resultado, y se afirma, sin dato alguno que lo corrobore, la participación en dicha actividad de don J.I.P., sin que de tales aseveraciones se deduzcan los datos concretos en los que se sustenta la concurrencia del hecho delictivo, cuáles sean todas o algunas de las referidas organizaciones o personas que las integran, ni la conexión con alguna de ellas del usuario del teléfono cuya intervención se solicita o su relación con la descrita actividad ilícita. Como este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar en la STC 299/2000 , de 11 de diciembre, "el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa. En el caso actual, si, como se dice en la solicitud judicial de la intervención, el conocimiento del delito se había obtenido por investigaciones propias de este Servicio, lo lógico es exigir al menos que se detalle en*

dicha solicitud en qué han consistido esas investigaciones y sus resultados, por muy provisionales que puedan ser en ese momento, precisiones que lógicamente debió exigir el Juzgado antes de conceder la autorización. El hecho de que en el Auto se concrete con precisión el delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no basta para suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, y la falta de esos indispensables datos no puede ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma" (FJ 5; en el mismo sentido, STC 138/2001 , de 18 de junio, FJ 4).

Ha de afirmarse así que el Auto judicial ahora examinado no contiene una motivación suficiente, pues no incorporó, aunque existieran, las razones que permitieran entender que el órgano judicial ponderó los indicios de la existencia del delito y la relación de la persona respecto de la que se solicitó la intervención de sus comunicaciones telefónicas con el mismo, por lo que hay que concluir que el órgano judicial no ha valorado, en los términos constitucionalmente exigibles, la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones. Así pues, desde la perspectiva ahora analizada, esto es, la falta de motivación de la resolución judicial, ha de constatarse la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), derivada del Auto de autorización dictado por el Juzgado de Instrucción de Jijona”.

Así, cabría destacar que, las dos razones fundamentales por las que el TC considera ilegítima la interceptación de las comunicaciones vulnerando el precepto constitucional son, la insuficiencia de motivación y la carencia identificativa concreta del investigado, presupuestos de obligado cumplimiento para apreciar la legalidad de la medida carentes de regulación normativa hasta la reforma de 2015 con la redacción del actual artículo 588 bis c). 3. a) y b) LECrim.

Otro aspecto importante es el secreto de las actuaciones en las que se adopta la medida recogido en el artículo 588 bis d) LECrim¹⁵. La diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas deberá ser acordada en la fase de instrucción por el Juez de instrucción y de acuerdo con los principios rectores ya expuestos. No obstante, en la fase de sumario no rige excepción al principio de publicidad absoluta sino el principio de publicidad relativa (garantía constitucional en virtud del artículo 120.1 CE)¹⁶ según recoge el artículo 302 LECrim¹⁷, decretando el secreto de las actuaciones sumariales. Recoge la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de Julio de 2009 (TOL 1.558.884) que: *“el secreto tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones iniciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación y constituye una limitación del derecho de defensa que no implica indefensión por no impedir a la parte ejercitarlo plenamente cuando se alce el secreto al haber satisfecho su finalidad”*.

Asimismo, el artículo 302 LECrim, establece como plazo máximo hasta 10 días antes de la apertura del juicio oral, por lo que no afecta en ningún caso a la celebración de un proceso público ni al principio de contradicción.

Si continuamos analizando el precepto 588 LECrim, apreciamos la necesidad de destacar el apartado bis i), relativo a la “utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales”. Según LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, para conocer si son utilizables en el ordenamiento jurídico español los

¹⁵“La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa”.

¹⁶“1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”.

¹⁷“Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario.”

descubrimientos fortuitos conocidos durante una investigación en la que ha adoptado una medida de intervención telefónica debemos servirnos del “*criterio de la conexión, siendo lo importante determinar el grado de conexión que deba presentarse entre el hecho delictivo descubierto casualmente a través de una medida e intervención telefónica legítimamente autorizada y ejecutada y el hecho penal objeto del proceso en que se obtiene dicho descubrimiento y los sujetos*”¹⁸. Continúa diciendo que los hechos descubiertos de forma fortuita podrían imputarse al mismo sujeto pasivo que está siendo investigado cuando el hecho delictivo hallado es conexo con el que se investiga y que promovió la medida restrictiva. No siendo válidos aquellos hallazgos sobre hechos delictivos distintos y en los que el sujeto pasivo sea un tercero.

Sin embargo, la calificación de “delito conexo”, plantea igualmente una serie de controversias limítrofes. ¿Qué entendemos por delitos conexos? LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ continúa diciendo que “*al efecto, la única base positiva con la que contamos la hallamos en el artículo 17 LECrim, esto es, la regulación de los delitos conexos, siendo el grado de conexión, objetiva/subjetiva, necesario para admitir la utilización de los descubrimientos casuales el exigido por el citado precepto en sus cinco apartados para poder considerarse delitos conexo, lo que además, según el artículo 300 LECrim, respetaría la condición de tratarse de un mismo proceso*”. No obstante, que los descubrimientos hallados no alcancen el grado de conexos con el hecho delictivo investigado no quiere decir que sean inútiles y deban olvidarse. No pueden servir como prueba para el procedimiento objeto de investigación pero sí pueden servir como indicio de peso suficiente para la incoación de un nuevo procedimiento penal independiente.

3. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica

¹⁸ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. (1993) “*Los Descubrimientos Casuales en las Intervenciones Telefónicas como Medidas Coercitivas en el Proceso Penal*”. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas.

La LECrim ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo de los años y en lo que se refiere a los artículos que hemos venido desarrollando cabe destacar la última Reforma incorporada en la LO 13/2015.

Antes de la reforma del año 1988 nuestro cuerpo legal carecía de regulación suficiente en materia de intervención de las comunicaciones y pese a que la citada reforma aportó tres nuevos apartados al artículo 579 LECrim, fueron los Tribunales los que llenaron el vacío legal con su jurisprudencia. Así, el preámbulo de la Reforma de 2015 señala que: *“por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de los que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado”*. Por ello, la reforma de 2015, introduce un nuevo articulado desde el artículo 588 ter a) hasta el ter m) que se pasa a comentar.

En primer lugar, el Capítulo V de la LECrim, que recoge los artículos anteriormente reseñados aparece acompañado del título: *“La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”*, lo que genera la necesidad de determinar el alcance de ambos conceptos. Por un lado, no cabe duda que las comunicaciones telefónicas son todas aquellas que precisan de la utilización de un dispositivo telefónico, sin embargo, mayor casuística reviste el término de comunicaciones telemáticas, más ambiguo y amplio. Según recoge la RAE, las comunicaciones telemáticas son aquellas que requieren *“de la aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada”*¹⁹, lo cual no ofrece una delimitación concreta, pues la utilización de la informática como medio de comunicación puede aplicarse a numerosos dispositivos, pudiendo encontrar algunos que podríamos clasificar como mixtos (en el caso de los *smartphones*)²⁰.

¹⁹ Real Academia Española. <https://dle.rae.es/telem%C3%A1tico>

²⁰ Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas (TOL 7.087.847).

En relación con los presupuestos de la medida, el artículo 588 ter a), comienza haciendo alusión a una problemática que revestía la interceptación de las comunicaciones desde hacía años y que había sido puesta de manifiesto en incontables ocasiones tanto por los Tribunales españoles como supranacionales: en qué situaciones o para qué delitos procede la implantación de la medida. Hasta el momento, los hechos delictivos debían ser lo suficientemente graves y relevantes según recogía la norma pero no existía una enumeración concreta. A partir de esta reforma, el precepto nos remite a la concreción que ofrece el artículo 579.1 LECrim: *“1. Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3.º Delitos de terrorismo”*. Sin embargo, no en todos los delitos cometidos por una organización criminal se podrá aplicar la referida medida pues, en ese caso, podrían ser objeto de la misma delitos leves, motivo por el cual se mantiene el principio de proporcionalidad y gravedad del hecho delictivo que deberá ser observado objetivamente por el Juez de instrucción. Así, la Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas recoge lo siguiente: *“En definitiva, el legislador ha establecido un marco legal mínimo para que sea posible la injerencia, pero dentro de ese marco, es decir, una vez superadas dichas exigencias legales, el órgano judicial ha de valorar la oportunidad concreta en atención a los criterios que menciona el art. 588 bis a LECrim”*.

En este sentido, el anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en la redacción de su artículo 355, ofrecía una enumeración más amplia: *“delitos de asociación ilícita, tráfico ilícito de drogas, sustracción de menores, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, trata de seres humanos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, contrabando, blanqueo de capitales y delitos de organización criminal o cometidos en el seno de la misma. Delitos cometidos a través*

de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o medio de telecomunicación”²¹.

Una consideración que resulta interesante destacar, de la redacción del artículo 579.1 LECrim en su apartado 1º, la pena a la que se refiere para considerar los delitos como aptos para poder interceptar las comunicaciones de los investigados, “*1º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión*”, ha de ser en abstracto. Por otro lado, respecto a los delitos cometidos en el seno de una organización criminal o grupo criminal, no se tendrá en cuenta para la aplicación de la medida la investigación del propio delito de organización o grupo criminal (artículos 570 bis y 570 ter CP).

Ya el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de la Ley Orgánica 13/2015 ponía de manifiesto que la interceptación de las comunicaciones telemáticas se ha convertido, en muchos casos, en la única forma de poder investigar presuntos delitos de carácter informático que utilizan la red como medio para poder ejecutarlos. Por ello, el objeto de la medida también se ha visto modificado por la reforma de 2015 en tanto en cuanto se pasan a considerar una serie de factores que antes no se contemplaban. Así el artículo 588 ter d), recoge como requisitos que debe contener la resolución judicial que autorice la medida datos como el número de abonado, la dirección IP²², el IMSI²³, el IMEI²⁴, la DSL²⁵, entendidos como tales las identidades o “etiquetas técnicas”²⁶ de los investigados.

²¹ VARGAS GALLEGU, ANA ISABEL (2021), “*Algunos apuntes sobre la interceptación de las comunicaciones telefónicas*”. www.elderecho.com

²² Protocolo de Internet.

²³ Identidad internacional del abonado móvil.

²⁴ Identidad internacional del equipo móvil.

²⁵ Línea digital de abonado.

²⁶ “*Se entiende por identidad: etiqueta técnica que puede representar el origen o el destino de cualquier tráfico de comunicaciones electrónicas, en general identificada mediante un número de identidad de comunicaciones electrónicas físico (tal como un número de teléfono) o un código de identidad de comunicaciones electrónicas lógico o virtual (tal como un número personal) que el abonado puede asignar a un acceso físico caso a caso.*”(Artículo 39 de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones)

En relación con la localización de los dispositivos involucrados y objeto de interceptación aparece el concepto de “geolocalización”²⁷, como nuevo instrumento tecnológico para conocer la ubicación exacta de los mismos con un rango de error casi inapreciable e, igualmente, incluyen dentro del ámbito de aplicación de la medida: “*d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación*”. Finalmente, otra incorporación que hace la reforma de 2015 es plantear la posibilidad de que la medida pueda ser aprobada por el Ministerio del Interior o, en su defecto, por el Secretario de Estado, en caso de urgente necesidad, siendo necesaria con posterioridad la convalidación judicial de la misma.

El ámbito subjetivo de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas no ha sufrido grandes modificaciones, pues con anterioridad a la Reforma de 2015, ya se contemplaba la idea de intervenir medios de comunicación de terceros, siempre y cuando se tuvieran indicios suficientes para creer que el investigado los utilizaba para llevar a cabo las acciones delictivas²⁸. La novedad en este caso la encontramos en la redacción del artículo 588 ter b) 2), el cual recoge la posibilidad de intervenir los dispositivos de las víctimas cuando, “*sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad*”, tanto en los supuestos en los que medie consentimiento de la misma o no (secuestros, desapariciones, etc).

Todas las referidas modificaciones que ha implantado la Reforma de 2015, han supuesto un avance a la hora de regular una medida, que hasta ese momento se encontraba, normativamente, desamparada y regulada principalmente por las interpretaciones de Jueces y Tribunales. En este sentido, la LO 13/2015, además de regular detalladamente la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas,

²⁷ “Determinar la ubicación geográfica de alguien o de algo valiéndose de medios técnicos avanzados, como el GPS”. Real Academia Española. <https://dle.rae.es/geolocalizar>

²⁸ “Podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que: 1.º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o 2.º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad. También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular.”

incorpora un nuevo articulado destinado a las comunicaciones de carácter oral y que se desarrollará en este trabajo, habida cuenta de la necesidad imperiosa de adaptar nuestros cuerpos legales a la fenomenología criminal de nuevo cuño.

SEGUNDA PARTE

1. Intervención de las comunicaciones Abogado - Cliente: análisis de la intervención de las comunicaciones en el Caso Gürtel

El artículo 24 CE dice lo siguiente: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

En este sentido, la indefensión podría entenderse como la desprotección que tendría, en este caso un investigado, si sus conversaciones con su abogado fueran públicas, poniendo a disposición del juez o tribunal y de la parte contraria, no sólo los detalles del caso concreto, sino además, la posible estrategia jurídica que su abogado le plantease. Por ello, el derecho a la protección de dichas comunicaciones, reviste tal importancia, pues sin él se vería comprometido el principio de contradicción de partes, así como, el principio de igualdad de armas.

Una de las características del ejercicio de la abogacía recogida en el Código Deontológico de la Abogacía Española (en adelante CDAE), es el derecho del profesional a ejercer la misma con plena independencia y libertad²⁹.

Por otro lado, el abogado tiene una serie de deberes, entre los que destacamos, para el caso que nos ocupa, el de guardar secreto profesional, *“que comprende todas las confidencias y propuestas del cliente, las de la parte adversa, las de los compañeros, así como todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya remitido o*

²⁹ Artículos 3 y 4 CDAE.

recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”³⁰. Los cuerpos legales prescriben igualmente, la protección del secreto de las comunicaciones mantenidas entre los abogados y sus clientes, así como, los hechos de los que fueran conocedores debido a su labor profesional. Un ejemplo, de ello es el artículo 542.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) el cual dispone que: “3. *Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos*”.

En esta línea, el artículo 8 del CEDH, ampara en igual medida el secreto a las comunicaciones entre abogado-cliente y así lo ponen de relieve sentencias como la STEDH de 25 de Marzo de 1998 (Caso Koop), o la STEDH de 1 de Octubre de 2009 (Caso Tsonyo Tsonev contra Bulgaria).

Sin embargo, encontramos límites a la protección de este derecho en casos muy excepcionales y siempre que la vulneración se lleve a cabo con las mayores garantías (STC 184/2003)³¹. Si analizamos los motivos o supuestos en los que procedería la interceptación de comunicaciones entre particulares, encontramos la presencia de indicios probatorios de peso suficiente que lleven a considerar que se están perpetrando hechos delictivos y que, a través de la intervención de ciertos medios de comunicación, se podrían confirmar. Por lo tanto, el argumento principal que motiva la medida restrictiva de derecho que sería la genérica obligación de perseguir la comisión de un delito y de obtener datos relevantes para el curso de su investigación, no tendría cabida en los casos de las comunicaciones entre abogados y sus clientes, partiendo de la premisa lógica que en dichas conversaciones el defendido revelará a su abogado datos de interés para la investigación policial en curso, incluso pudiendo confesar su

³⁰ Artículo 5.2 CDAE.

³¹ “Es competencia del legislador ponderar la proporcionalidad de la exclusión o inclusión y, en su caso, bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afectación de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunica, citando el caso de los Abogados o profesionales de la información, Diputados o Senadores”

culpabilidad. Es por ello que resultaría inapropiado e improcedente intentar encuadrar esta modalidad de medida dentro del marco legal que establece el artículo 579 LECrim.

Respecto a la regulación específica para intervenir comunicaciones entre abogados y sus clientes, pese a ser una materia concreta y por lo tanto necesitar una normativa específica, lo cierto es que el derecho positivo vigente únicamente recoge una excepción a través de la cual cabría la interceptación de dichas comunicaciones, no haciendo referencia a más supuestos de forma expresa, esta excepción sería para el caso de delitos de terrorismo en los que, concurriendo previa autorización judicial y cumpliéndose los requisitos de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, se podría acordar la intervención de las comunicaciones entre un abogado y su cliente (STS 23 de Abril de 1997). Así queda recogido en el artículo 51.2 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP): “2. *Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*”.

Este precepto proviene de otro anterior y más genérico, el artículo 25.2 CE : “2. *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*”. En este sentido, vemos como nuestra Constitución recoge la posibilidad de que ciertos derechos fundamentales se vean limitados o puedan ser vulnerados por otras leyes específicas, en este caso concreto sería la LOGP.

Tal y como pone de manifiesto JIMÉNEZ VILLAREJO, una parte de la doctrina entiende que, el anterior artículo 25.2 CE, no va encaminado a limitar la facultad de que el poder judicial pueda acordar la imposición de la medida restrictiva sino más bien a evitar que sea la autoridad penitenciaria en quien recaiga el poder decisorio³². Estaríamos ante requisitos acumulativos no alternativos según sostiene la jurisprudencia constitucional (STC 183/1994, de 20 de Junio).

En este sentido, vemos como prima el secreto profesional y el ejercicio de la profesión de la abogacía de forma libre, independiente y sin condicionamientos al proceso de investigación de posibles delitos, a excepción, de los casos en los que se investiguen presuntos delitos de terrorismo. No obstante, el mero hecho de estar ante un caso de posibles hechos delictivos relacionados con el terrorismo, no faculta a terceros para poder intervenir las comunicaciones entre un abogado y su cliente, siempre debe existir de forma previa a la interceptación una resolución judicial suficientemente motivada que acuerde la medida.

Sin embargo, cabe mencionar que la existencia de un supuesto en el que procedería la intervención de las comunicaciones, entre un cliente y su abogado, sería cuando éste último sea considerado sospechoso de participar en algún hecho delictivo objeto de investigación: *“un abogado sospechoso de un delito grave no puede ser tratado de manera diferente a los otros sospechosos”*³³. En este sentido, el abogado defensor ya no actuaría como tal y dejaría de estar amparado por su condición de letrado, pasaría a ser considerado investigado de un hecho delictivo, perdiendo así su protección y favorecimiento (ATS de 24 de Enero de 2003).

Sin embargo, el requisito de necesidad de autorización judicial previa a la imposición de la medida sigue presente, independientemente de que el letrado pase a ser

³² JIMÉNEZ VILLAREJO, (Junio 2010) *“Intervención de comunicaciones entre internos y sus letrados”*, en El Cronista, Iustel, Núm. 14. Páginas 70 y 71.

³³ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I, *“El secreto de las comunicaciones con el abogado defensor en la nueva sociedad de la información”*, <https://ruc.udc.es>

considerado partícipe de un hecho delictivo y, por lo tanto, sea objeto de investigación, o únicamente se persiga el esclarecimiento de hechos delictivos de terrorismo relacionados con la actuación de su cliente, quedando el profesional de la abogacía al margen. Cabe mencionar, que si la resolución inicial aprueba la interceptación de las comunicaciones de ciertos sujetos, pero con posterioridad se descubre que otras personas están o podrían estar implicadas en los hechos que se investiguen, deberá redactarse por la autoridad judicial nuevo auto motivado que incluya a estas no contempladas hasta el momento, o bien, ampliar el auto motivado original que no incluía los nuevos intervinientes en la comunicación.

Asimismo, cabe destacar que la protección del secreto de las comunicaciones entre abogado-cliente, no abarca únicamente aquellas conversaciones que tienen lugar en el centro penitenciario, sino todas aquellas que tengan lugar estando el investigado en libertad. En estos casos, la inviolabilidad de dichas comunicaciones es fundamental e indiscutible, pues el investigado se encuentra amparado, principalmente, por la presunción de inocencia y su derecho a poder preparar su defensa con todas las garantías sin intromisión externa alguna. Así, en los casos en los que al abogado, aún no se le había puesto en conocimiento, la iniciación de un procedimiento penal contra alguno de sus clientes, el derecho al secreto de las comunicaciones con los mismos, no estaría amparado por el derecho de defensa, sino por el secreto profesional, basado en el pilar de la confianza plena que debe revestir la relación abogado-cliente: *“los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”*³⁴.

A mayor abundamiento, aquellos supuestos en que los abogados vulnerasen el secreto profesional, están considerados ilícitos penales: *“2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a*

³⁴ Artículo 542.3 LOPJ

veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”³⁵. Tanto para las personas físicas (como es el caso del precepto anterior) como para las personas jurídicas en virtud del artículo 200 CP.

No obstante, pese a que el conocimiento por parte del abogado de un hecho delictivo cometido por su cliente no suponga el deber de denunciarlo, al contrario, tiene el deber de guardar el secreto, el consejo profesional que le dé a su cliente debe estar amparado en la legalidad y debe encuadrarse dentro de la ética y la buena praxis³⁶.

Resulta interesante, en este punto, traer a colación un ejemplo práctico en relación con la intervención de las comunicaciones entre abogado-cliente en la jurisprudencia: la Trama Gürtel.

El Caso Gürtel comenzó en el 2007 y ha dado lugar a resoluciones judiciales de distintos órganos jurisdiccionales. Una de las más relevantes para el desarrollo del presente trabajo es el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de Marzo de 2010 (TOL 1.796.160). Cabe destacar primeramente, que la competencia para conocer de la fase de sumario en ese momento la ostentaba el TSJ de Madrid, habida cuenta de que varios de los investigados en el procedimiento tenían la condición de aforados, por lo que no conocía, en este caso, el Juez Central de Instrucción, órgano ordinario que hubiese ostentado la competencia en caso contrario. Así, el TSJ de Madrid llevó a cabo parte del sumario hasta que los investigados aforados perdieron tal situación jurídica, dictando posteriormente Auto de 8 de Junio de 2011 (Núm. 56/2011) acordando la inhibición de competencia del referido Tribunal a favor del órgano ordinario correspondiente en este caso, Juzgado Central de Instrucción N° 5³⁷.

³⁵ Artículo 199.2 CP

³⁶ CERRADA MORENO, M, (30 de Diciembre de 2011), “*Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente: límites al derecho de defensa*”. www.elderecho.com

³⁷ “*Inhibirse, por pérdida sobrevenida de la competencia, del conocimiento de la presente causa, acordando su devolución al Juzgado Central de Instrucción nº5. 3 / 5 I. 2. Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación por infracción de ley, de conformidad con los arts. 25 u 848 LECr*” (Auto de 8 de Junio de 2011, núm. 56/2011).

En los Antecedentes de Hecho del Auto de 25 de Marzo de 2010 dictado por el TSJ de Madrid, se hace alusión a tres Autos dictados previamente por el Juzgado Central de Instrucción Nº 5: de 19 de Febrero de 2009, de 20 de Marzo de 2009 y de 27 de Marzo de 2009. En todos ellos, se ordenaba la intervención de las comunicaciones, tanto orales como escritas, mantenidas entre los internos investigados en el Centro Penitenciario en el que se encontrasen y cualesquiera otros a los que fueran trasladados, entre ellos y con sus letrados. El primero Auto, de 19 de Febrero de 2009, acordó la medida restrictiva por un periodo de un mes (desde el 19/02/2009 hasta el 20/03/2009), el segundo, acordó la prórroga de dicha medida por otro mes (del 20/03/2009 al 20/04/2009), y, el tercero, únicamente acordó la exclusión en las transcripciones el contenido de las conversaciones relativo a las estrategias de defensa.

Dichos Autos judiciales fueron, como cabría esperar, recurridos por las defensas de los investigados y que, en consecuencia, motivaron la redacción del presente Auto objeto de análisis.

En el fundamento de derecho primero, en relación con la legalidad del primer Auto, de 19 de Febrero de 2009, el Tribunal defiende la adecuada aplicación de la medida de intervención de las comunicaciones, habida cuenta de la suficiencia motivacional que reviste el Auto judicial. En este sentido, se pone de manifiesto que el motivo por lo que se aprobó la interceptación de las posibles comunicaciones fue, *“la investigación de las presuntas actividades delictivas perpetradas por un grupo de personas liderado por (...) y en el que actuaban, en inmediata relación de jerarquía respecto de él, (...), así como otras personas imputadas en la causa; grupo que tendría como principal finalidad, a lo largo del tiempo y como mínimo en los últimos 10 años, la realización de actividades de organización de eventos para captar negocios y por ende fondos, en las Comunidades Autónomas de Madrid y Valencia, principalmente, a través de un conglomerado empresarial integrado por empresas creadas y controladas a tal efecto por los mismo”*. Así, el fundamentos de derecho primero del mencionado

Auto, sigue diciendo, que las razones de aplicación de la medida restrictiva de derechos fundamentales recae en la posible comisión de hechos delictivos tales como, *“en cuanto a los primeros (investigados), un delito de blanqueo de capitales, otro de defraudación fiscal, varios de falsedad, múltiples de cohecho, otro de asociación ilícita y diversos de tráfico de influencias, y en cuanto al tercero, uno de blanqueo de dinero y varios de falsedad”*.

Respecto al segundo Auto, de 20 de Marzo de 2009, su contenido argumentativo era idéntico a su predecesor, a excepción del cambio de uno de los letrados de los investigados (modificación que se produjo a principios del mes de Marzo), y la ampliación del periodo de continuidad de la medida, prórroga de un mes, hasta el 20 de Abril de 2009.

En relación con los escritos de interposición de recurso de apelación directo contra la legalidad de los referidos Autos, la defensa de los investigados, sostiene la ausencia de motivación suficiente de las resoluciones judiciales que acuerdan la adopción de la medida, alegando la vulneración del artículo 52.1 LOGP, *“defecto en la motivación de los autos que acordaron la intervención de las comunicaciones al utilizar afirmaciones genéricas, sin reseñar datos objetivos en los que basar los indicios de intervención de letrados en la organización delictiva, ni siquiera las razones particulares por las que un determinado letrado puede actuar en forma que indica el auto; y ausencia de motivos para prorrogar las intervenciones (...). Y la nulidad de todas las actuaciones practicadas (...)*”. Asimismo, se denuncia la vulneración del artículo 18.3 CE y la falta de motivación respecto a los letrados como sujetos investigados. Todos los recursos presentados coinciden además, en que los Autos de intervención de las comunicaciones, suponían una injerencia en el derecho de defensa y a un proceso justo con todas las garantías procesales.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal en su informe manifiesta que, *“cuando la intervención de las comunicaciones de un interno tenga por finalidad la investigación*

de un delito podrá acudir a la norma del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que proceda hacer distinción por razón del destinatario de la comunicación, -abogado o no-, ni de la naturaleza del delito, -terrorismo o no-, pues el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria contemplado desde la perspectiva limitada del régimen penitenciario, nada puede disponer, -y no lo hace-, contra la aplicación de la ley procesal penal”.

Finalmente, el Tribunal concluye, enumerando los artículos presuntamente vulnerados, así como una extensa recopilación de jurisprudencia para el caso de cada uno de ellos para, terminar manifestando que los Autos recurridos adolecen de errores en su motivación, pues pese a que el acuerdo de la intervención de las comunicaciones de los investigados con terceras personas, se encuentra ciertamente fundamentado, la intervención de las comunicaciones entre los mencionados y sus letrados carece de fundamentación, pues el referido artículo 51 LOGP, sólo permite la aplicación de la medida en aquellos casos en que medie resolución judicial previa y en supuestos de terrorismo, requisito que no se cumplía en este caso³⁸.

A mayor abundamiento, el Juez Instructor considera procedente la intervención de las comunicaciones entre los reos y sus letrados basándose en que estos últimos, pudieran estar involucrados en la comisión de los hechos delictivos y pudiesen, asimismo, actuar como intermediarios entre los internos y terceras personas del exterior. Sin embargo, el Tribunal considera que dichos argumentos carecen de peso suficiente, siendo meras conjeturas y suposiciones, sin datos objetivos de relieve³⁹.

³⁸ “La motivación utilizada por el Magistrado del Juzgado de Instrucción N° 5 con apoyo en el artículo 51 de la LOGP fue correcta respecto de la intervención de las comunicaciones generales que ordenó, no así respecto de las mantenidas por los internos con los abogados, que en ningún caso podían restringir, ni siquiera con apoyo del artículo 579 LECrim que menciona el auto resolutorio del recurso de reforma, reproduciendo la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal”. (página 13).

³⁹ “Cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a que se sacrificó. De este modo, la motivación no es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos” (STC 85/1994).

Únicamente, en el supuesto de uno de los letrados (que posteriormente abandonó la representación procesal de su cliente a principios del mes de Marzo). La fundamentación se encuentra relativamente reforzada por una serie de datos objetivos. No obstante, el Tribunal considera que dichos datos son aún insuficientes y sostiene que, *“no indican por sí solos porqué era imprescindible o muy necesaria la intervención de las comunicaciones de este letrado, ni tampoco si era posible obtener los mismos datos por otros medios menos nocivos para los derechos afectados”*. Además, cabe recordar que el mencionado abogado dejó sus labores profesionales a principios del mes de Marzo, hecho que pone de relieve, más aún, la carencia argumentativa del segundo Auto. de 20 de Marzo de 2009.

Por todo lo anterior, el Tribunal termina revocando los tres Autos y declarando ilegales las intervenciones relativas a las comunicaciones entre los reclusos y sus abogados, no siendo impugnadas las conversaciones genéricas entre los internos y terceras personas. Asimismo, resulta curioso resaltar la distinción que hace el Tribunal respecto de los letrados defensores y cualquier otro letrado no encargado de la defensa procesal del interno. Respecto a los primeros, las conversaciones que mantuvieron con sus clientes quedarían protegidos por los límites establecidos en el referido artículo 51.2 LOGP, mientras que para el caso de cualquier otro letrado (no encargado de la defensa procesal del investigado), dicha protección desaparecería⁴⁰.

Sin embargo, una vez declarada la improcedencia de los Autos judiciales que permitían la intervención de las comunicaciones y su consiguiente nulidad, ¿qué pasa

⁴⁰ *“Aunque debe hacerse una precisión: distinguidas en los mismos autos la intervención de comunicaciones orales o escritas de los internos con cualquier persona -no impugnadas en estos recursos-, de las mantenidas con los letrados, las únicas que aparecen protegidas especialmente, a las que se refiere el artículo 51.2 LOGP, son las realizadas con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales. Como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo 245/1995, de 6 de Marzo,. La peculiaridad de estas comunicaciones radica, no sólo en la condición de abogado en ejercicio de visitante, sino en serlo del interno relacionado o en haber sido llamado especialmente por tal preso o penado.*

Por tanto, las conversaciones que hipotéticamente hubieran mantenido esos tres imputados con personas que, aún siendo letrado, no hubieran comparecido como abogados defensores o como abogados llamados expresamente por los presos en relación con asunto penales, excluidas de esa protección especial, quedarían abarcadas por las demás comunicaciones orales o escritas que ordenaron las mismas resoluciones y, que no han sido aquí objeto de impugnación en ese extremo”.

con las pruebas obtenidas durante el periodo de vigencia de la medida? En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de Julio de 2009 (STS 737/2009), sostiene que, *“la no superación de este control de legalidad convierte en ilegítima por vulneración del artículo 18 de la Constitución, con una nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones en las que se aprecie esa conexión de antijuricidad”*. Concepto, este último, puesto de relieve por parte del TC en su Sentencia, de 5 de Abril de 1999 (STC 49/1999).

La doctrina de “los frutos del árbol envenenado”⁴¹, se refiere a todas aquellas pruebas obtenidas, directa o indirectamente, de otro medio de prueba que hubiera resultado nulo, devienen automáticamente en nulas de pleno derecho, no pudiendo ser utilizadas en el proceso. En el supuesto de autos, el árbol sería el símil para la intervención de las comunicaciones y, el fruto sería una hipotética parte de la conversación en la que el abogado defensor reconociera ser parte activa en la comisión de un hecho delictivo. Como el árbol (la intervención de dicha comunicación) está envenenado (es ilegal), el fruto obtenido del mismo (prueba) también lo estaría (nulo de pleno derecho).

1. Breve referencia a la intervención de las comunicaciones por Redes Sociales

Ya en los epígrafes precedentes, se definieron las comunicaciones telemáticas como aquellas que se sirven de la red y la informática como vía para trasladar información. En este sentido, parece necesario hacer mención a las plataformas de comunicación a través de internet, más coloquialmente conocidas como redes sociales, las cuales quedarían afectadas en igual medida por la reforma de la LECrim de 2015 al tratarse de medios de comunicación telemáticos.

⁴¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A, (2015), *“La doctrina del fruto del árbol envenenado”*. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>

En estos casos, resulta relevante plantear una distinción entre la vulneración de dos derechos fundamentales, atendiendo al momento temporal en que se interceptan las comunicaciones a través de redes sociales: por un lado, en caso de que la interceptación tenga lugar mientras las conversaciones se estén produciendo, estaríamos ante la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, recogido en el artículo 18.3 CE. Por otro lado, en el caso de que la interceptación de las conversaciones tenga lugar, una vez estas hubieran cesado, estaríamos ante la vulneración del derecho a la intimidad personal y a la autodeterminación informativa en virtud de los artículos 18.1 CE⁴² y 18.4 CE⁴³, respectivamente. Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de Noviembre de 2017 (STS N° 740/2017), *“La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en el que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad y otros derechos”*.

Partiendo de la anterior premisa, resulta interesante traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 29 de Octubre de 2018 (TOL 6.926.053), en la que la defensa de la acusación plantea, al inicio de las sesiones del juicio oral, como cuestión previa, la nulidad del auto judicial que autorizó la interceptación de las comunicaciones de su cliente mantenidas a través de la red social “Tuenti”, las cuales fueron facilitadas por la referida compañía sin mediar resolución judicial. En este caso, la sentencia recoge que, por un lado: *“el acusado aceptó las condiciones de funcionamiento de Tuenti entre las que se encontraba la posibilidad de control o fiscalización sobre su uso, por lo que no puede cuestionar ahora de modo aceptable una actuación que él mismo consintió libremente”*; y por otro, que tras la reforma de 2015, el artículo 579.4.b) recoge que, *“no se requiere autorización judicial en “aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección”*. A mayor abundamiento, la resolución judicial pone de relieve la doctrina constitucional que reviste de legalidad y

⁴² *“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*

⁴³ *“4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”*

validez probatoria a las conversaciones entregadas como medios de prueba por una de las partes implicadas, situación que ocurre en este caso, siendo las menores consentidoras del uso de las conversaciones en el referido procedimiento.⁴⁴

Otro aspecto que pone de manifiesto la referida Sentencia y que resulta relevante, lo encontramos en el fundamento de hecho segundo, apartado tercero, cuando se hace alusión a la declaración de un antiguo empleado de la red social Tuenti, quien manifiesta que, el proceder de la plataforma es, una vez que un usuario presenta una queja acerca de la comisión de un hecho presuntamente delictivo por parte de otro usuario, la plataforma carga los mensajes al servidor y se pone a disposición de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado un archivo Excel⁴⁵.

TERCERA PARTE

1. Interceptación de las comunicaciones orales: especial referencia a los altavoces inteligentes como prueba en el proceso penal

A raíz de los avances de la tecnología, en los últimos años, las técnicas de investigación en el proceso penal han ido evolucionando y perfeccionándose. Actualmente, la medida de intervención de las comunicaciones puede referirse a las escritas y telemáticas, pero también a las orales a través de aparatos de captación de sonido e imágenes.

Esta nueva medida de investigación supone una vulneración aún mayor de derechos, considerándose por un sector de la doctrina que no sólo entraría en conflicto con el derecho al secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 CE, sino

⁴⁴ “En el caso actual, las jóvenes víctimas de la actuación del acusado, algunas de ellas constituidas en acusación particular, han aceptado pacíficamente tal elemento de convicción, por lo que sería igualmente válida por este vía la incorporación al proceso de las comunicaciones mantenidas”.

⁴⁵ “Que actúan de manera reactiva, no proactiva, cuando tienen conocimiento de delito lo comunican al Juez. Que no comprueban la identidad de las personas, y dieron de baja el perfil que tenía un único usuario. Asimismo, refirió que si no se aceptan los términos y condiciones no se puede dar servicio.”

también con el derecho a la intimidad, e incluso el derecho a la inviolabilidad del domicilio⁴⁶.

En esta línea, otros derechos que pudieran verse comprometidos por la aplicación de la medida, como podría ser el caso del derecho de los investigados a no declararse culpable o a no declarar contra sí mismos, en el caso de que en la grabaciones se captase el momento concreto en que el sujeto confesara su culpabilidad. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de Junio de 2016 (STS 517/2016), alega lo siguiente: *“una cosa es almacenar en un archivo de sonido las conversaciones que pueden servir de prueba de la autoría de un hecho que se va a cometer o que se está cometiendo durante el desarrollo de la grabación y otra bien distinta es la grabación de un testimonio del que resulta la confesión de la autoría de un hecho ya perpetrado tiempo atrás. En el primero de los casos no se incorpora a la grabación el reconocimiento del hecho, sino las manifestaciones en que consiste el hecho mismo o que facilitan la prueba de su comisión. En el segundo, lo que existe es la aceptación de la propia autoría respecto del hecho delictivo ya cometido, lo que, en determinados casos, a la vista de las circunstancias que hayan presidido la grabación, podría generar puntos de fricción con el derecho a no confesarse culpable, con la consiguiente degradación de su significado como elemento de prueba y la reducción de su valor al de simple notitia criminis, necesitada de otras pruebas a lo largo del proceso”*.

Resulta relevante hacer una distinción entre la medida de intervención de las comunicaciones orales y la utilización de videocámaras por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, o la colocación de cámaras de vigilancia por parte de los particulares. Estas dos últimas, tienen su regulación específica: la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales,

⁴⁶ El artículo 588 quarter a) LECrim admite la posibilidad de apostar dispositivos de escucha y grabación de sonido y de imágenes dentro del domicilio del investigado, lo que supone una injerencia en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, así como la posible afectación de terceros, no investigados, que se encuentren en el momento de ejecución de la medida dentro del referido domicilio.

respectivamente. La diferencia primordial reside en el objeto de adopción de la medida de interceptación de las comunicaciones orales como un medio facilitador de la investigación de determinados delitos.

La regulación de la intervención de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos se encuentra en el artículo 588 quarter a) y siguientes de la LECrim. En este primer artículo, comienza el legislador señalando la facultad del Juez Instructor, tanto para aprobar la utilización del dispositivo de captación como para su colocación. Según la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2019, de 6 de marzo de 2019 (en adelante FGE Circular 3/2019), esta precisión se debe principalmente a que dependiendo del lugar de colocación del dispositivo de grabación, precisará o no de autorización judicial para su ejecución, el ejemplo más claro, y que aparece recogido en el apartado segundo del precepto antes indicado, se puede observar en aquellos casos en que hay que disponer de aparatos de grabación en el interior del domicilio privado del investigado, lo cual, requiriendo de autorización judicial previa debido al elevado nivel de protección del espacio: *“En estos casos y, especialmente, cuando se vaya a afectar la inviolabilidad domiciliaria, la resolución judicial habilitante deberá justificar, especialmente, la necesidad, utilidad, excepcionalidad y proporcionalidad, no ya de la medida, consustancial a todas las contenidas en el Título VIII, del Libro II LECrim (LEG 1882, 16) , sino de la limitación de los ámbitos de intimidad que será necesario llevar a cabo para la colocación del dispositivo”*.

Asimismo, se diferencia entre la medida de captación y la de grabación de las comunicaciones orales como respuesta a las exigencias, que durante años atrás venía manifestando el TEDH, debido a la carencia normativa del ordenamiento jurídico español. En este sentido, se ahonda en ambos conceptos para ofrecer una mayor claridad y cobertura legal para el caso de la medida de grabación, la cual, conlleva una intromisión mayor en la intimidad del investigado debido a la duración más extendida de la misma.

Respecto a los dispositivos electrónicos de captación de las comunicaciones orales, la LECrim, no ofrece especificación alguna más allá de la facultad del mismo para la captación y la grabación.

En relación con los presupuestos para la aprobación de la medida, el artículo 588 quarter b).2 LECrim, enumera tres supuestos en los que procedería la intervención de las comunicaciones orales, supuestos que ya habían sido, igualmente, puestos de manifiesto en el artículo 579.1 LECrim previamente: “1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3.º Delitos de terrorismo”. Bien es cierto que, en atención al grado de protección del lugar concreto acordado para implantar los dispositivos de escucha, la autorización judicial de aprobación deberá revestir, en proporción, de un mayor grado de justificación, o que el hecho delictivo investigado revista de mayor gravedad.

La autorización judicial de aprobación de interceptación de comunicaciones orales puede ir destinada tanto a la captación y grabación del sonido como de las imágenes. En el caso de esta última, la obtención de imágenes supone una mayor intromisión en el derecho a la intimidad de los investigados, pero, por el contrario, supone un medio de mayor fuerza probatoria⁴⁷.

El presupuesto recogido en el artículo 588 quarter b).1 LECrim⁴⁸, hace referencia a los momentos susceptibles de ser intervenidos. En este caso, el precepto

⁴⁷ “ (...) al eliminar dudas que pudieran suscitarse con la simple audición de la conversación, tales como la identidad de los interlocutores o el sentido de la conversación en atención a la actitud de los mismos. Estas circunstancias deberán ser igualmente valoradas en la resolución judicial habilitante, que habrá de justificar la necesidad y procedencia de la grabación de las imágenes como complemento del sonido”. FGE Circular núm. 3/2019.

⁴⁸ “1. La utilización de los dispositivos a que se refiere el artículo anterior ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación”.

expresamente indica que deben ser, “encuentros concretos del investigado”, pero ¿a qué se refiere el legislador con “encuentros concretos”? El tenor literal del precepto reviste, ciertamente, escaso grado de concreción para la imposición de una medida tan restrictiva de derechos. En este sentido, la FGE Circular núm. 3/2019, ofrece una definición del concepto “concreto” al entender que para que ciertos momentos puedan considerarse como tales deben alejarse de la generalidad, a fin de evitar así el libre e indiscriminado acuerdo de la medida⁴⁹.

Por lo anterior, el artículo 588 quarter c), recoge que la autorización judicial de aprobación de la intervención de las comunicaciones orales, deberá identificar de forma expresa y con concreción los lugares y los encuentros de investigado que van a ser objeto de misma⁵⁰. Para que el Juez de Instrucción pueda acordar el lugar concreto que va a ser objeto de investigación debe tener en su poder indicios suficientes que le lleven a pensar que ese emplazamiento y no otro, es sobre el que se debe de aprobar la medida. Sin embargo, puede darse el caso de que el lugar sea desconocido, por ejemplo, se pueden tener indicios de que cierta reunión entre unos investigados va a celebrarse, pero se desconoce la localización de la misma. Para estos casos, la Ley prevé que se concreten los encuentros, sin perjuicio de que se pueda conocer el lugar de los mismos o no.

El referido artículo continúa diciendo que para la lícita aplicación de la medida deberán concretarse los sujetos objeto de la misma. Así, la LECrim no exige una

⁴⁹ “El preámbulo de la LO, 13/2015 (RCL 2015, 1523, 1895), contrapone la captación y grabación de conversaciones orales que tengan lugar en encuentros concretos, con aquellas que lo sean en encuentros de carácter general o indiscriminado, reflejando así el concepto de concreción que define la RAE (lo opuesto a lo abstracto y general). Además, tanto el precepto que se analiza como el preámbulo de la Ley hacen depender el concepto de concreción -en contraposición a la generalidad o indiscriminación- de la existencia de indicios que hagan previsible el encuentro. De esta manera, será concreto el encuentro que pueda preverse como consecuencia de los indicios recabados. Se trata de no permitir la colocación general e indiscriminada de micrófonos y cámaras sin que exista un fundamento que justifique cada caso”.

⁵⁰ “La resolución judicial que autorice la medida, deberá contener, además de las exigencias reguladas en el artículo 588 bis c, una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia”.

enumeración nominal de todos los intervinientes sino, únicamente, la presencia de la persona investigada, sirviendo para las demás una mera mención a nivel identificativo.

Finalmente, el presupuesto temporal de la medida debe delimitar la misma a un periodo de tiempo determinado, el cual, debe acotarse en atención a los indicios del caso. Un ejemplo que señala la FGE, Circular núm. 3/2019, es el caso de las reuniones que pudiera tener cierto investigado con su asesor contable, en un lugar concreto, en este caso la oficina o lugar del trabajo del mismo, y durante el periodo de tiempo que pudiera durar la reunión. Asimismo, y para el caso de la intervención de comunicaciones orales en momentos temporales distintos pero en lugares idénticos, se plantea la obligación, a fin de evitar una vulneración innecesaria de derechos del investigado, de desconectar los dispositivos eléctricos de captación y grabación⁵¹. Además, deberán identificarse los agentes policiales encargados de ejecutar la medida y controlar su seguimiento (artículo 588 quarter d).

Otro aspecto relevante recae en la utilización de los descubrimientos casuales que pudieran darse como resultado de la intervención de ciertas comunicaciones orales. En este supuesto, las características reguladoras del procedimiento, respecto a los descubrimientos casuales, no varía de la regulación contenida en el predecesor artículo 588 bis i) LECrim, el cual, ponía de manifiesto la facultad de incoar un nuevo procedimiento de instrucción por el delito casualmente descubierto.

En la práctica, la intervención de las comunicaciones ha presentado cierta problemática, en cuanto a su aplicación temporal. En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de diciembre de 2020 (STS 655/2020), se acuerda la intervención de las comunicaciones orales de unos investigados narcotraficantes que presuntamente planeaban el asesinato de una Magistrada Instructora. Sin embargo, en el auto judicial de aprobación de la medida, no se hizo referencia a los momentos

⁵¹ “(...) el dispositivo de escucha y, en su caso, las cámaras a él asociadas, deberán desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida”. Preámbulo de la LO 13/2015.

concretos que serían objeto de escucha, por el contrario, se asimiló la medida a lo que serían las características propias de la intervención de las comunicaciones telemáticas. Se optó por encuadrar la medida dentro de unos límites temporales prudenciales basados en la regulación anterior para la intervención de las comunicaciones⁵².

Lo cierto es que, en la práctica jurisprudencial, el factor temporal adquiere una naturaleza accesoria, pues depende de la interpretación del Juez Instructor, con los indicios de que disponga, para determinar cuándo se prevé que tendrán lugar esos momentos concretos. Por ello, se hace estrictamente necesario, contemplar un cierto margen de error. Margen que deberá ser más o menos amplio atendiendo a las circunstancias del caso concreto y, sobre todo, al lugar objeto de instalación de los dispositivos de captación y grabación, debiendo ser el plazo temporal más estricto y con un margen de error reducido en los casos de instalarse dichos aparatos en los domicilios de los investigados, pudiendo tener una mayor amplitud en el resto de casos donde la vulneración de derechos sea menor.

No obstante, esta consideración únicamente tendrá cabida en aquellos casos que resulte complejo delimitar los momentos concretos objeto de investigación, para el resto de supuestos, en los que se tengan indicios suficientes para conocer con exactitud los momentos en los que presuntamente se van a llevar a cabo acciones delictivas o conversaciones interesantes a nivel probatorio, deberá acotarse expresamente en el auto judicial de adopción de la medida. Por lo anterior, se podría considerar la teoría del margen de error como una solución jurídica excepcional, y así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 10 de mayo de 2021 (STC 99/2021)⁵³.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de diciembre de 2020 (STS 718/2020).

⁵³ «...estará condicionada por los indicios sobre la previsibilidad del encuentro o encuentros concretos, a los que está vinculado. La opción por los márgenes estrictamente temporales sólo podría encontrar justificación cuando indiciariamente no sea posible prever con exactitud el momento en que tendrán lugar tales encuentros».

Actualmente, con el continuo avance tecnológico, han aparecido nuevos dispositivos, entre los que cabe destacar los altavoces inteligentes, que debido a su amplia variedad de funciones, han sido utilizados en el derecho comparado como testigos procedimientos penales.

Resulta interesante comenzar ofreciendo una definición de lo que son los altavoces inteligentes, así como su función. En este sentido, dichos dispositivos disponen de un sistema protagonizado por un asistente digital que tiene la capacidad de interactuar con los usuarios. Al estar conectados a la red, los altavoces inteligentes son capaces de dar respuesta a numerosas preguntas, así como llevar a cabo funciones que no requieren del uso de internet (ejemplo, poner música).

Una vez establecido este primer acercamiento, ¿pueden utilizarse los altavoces inteligentes en el proceso penal como medios probatorios? La respuesta es sí. Pese a que todavía no se disponen de ejemplos en el derecho positivo, si hay otros ordenamientos jurídicos que ya han considerado dichos dispositivos como prueba⁵⁴.

Uno de los primeros casos se dió en Estados Unidos, cuando apareció el cuerpo sin vida de D. Victor Collins en el jacuzzi de la casa de su amigo D. James Bates. Esa misma noche se habían reunido en esa casa varios amigos, entre ellos, la víctima. Según la versión del anfitrión, se fue a dormir pasada la medianoche, quedándose solos Collins y otro sujeto, y no fue hasta la mañana siguiente cuando se encontró el cuerpo de la víctima sin vida en el jacuzzi. En el transcurso de la investigación, la policía se percató de que en el salón de la vivienda había un altavoz inteligente, Alexa⁵⁵, por lo que solicitan a la entidad Amazon las copias de las grabaciones de voz y comprueban que el

⁵⁴ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, “*Alexa, ¿quién es el culpable? El uso de altavoces inteligentes como prueba en el proceso penal*” (capítulo 8).

⁵⁵ Alexa es el asistente virtual controlado por voz y creado por la empresa Amazon.

anfitrión no se fue a dormir cuando dijo que lo hizo pues activó el dispositivo inteligente para cambiar la música durante la noche⁵⁶.

Asimismo, la utilización de Alexa en procesos penales ha llegado a Europa, siendo Alemania uno de los primeros países en utilizarla. En un caso relevante, se solicitaron las grabaciones del dispositivo a Amazon por parte de la justicia a fin de comprobar si el supuesto agresor estuvo con la víctima la noche de los acontecimientos, hecho que las grabaciones probaron, destruyendo la coartada que el agresor había dado hasta el momento.

Finalmente, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ pone de manifiesto la ausencia de procedimientos penales en España en los que se haya procedido al uso de las grabaciones de Alexa, o cualquier otro altavoz inteligente, como prueba. Resalta, además, que el derecho positivo carece de regulación específica sobre esta materia, resultando desconocido el procedimiento que debería seguirse en tal caso. Así pues, la autora sostiene que las grabaciones de voz de Alexa no podrían encuadrarse en los parámetros de la intervención de comunicaciones orales, en tanto en cuanto, habría que manipular el dispositivo para proceder a la grabación de las conversaciones en su totalidad, pues hasta el momento, los altavoces inteligentes únicamente comienzan a grabar voz cuando son activados, normalmente requieren para su activación y comienzo de grabación una palabra de activación, *“Podríamos plantearnos también el de la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos -arts. 588 quarter a) y siguientes LECrim-. Sin embargo, a no ser que, desde un punto de vista técnico, este dispositivo pudiera manipularse para proteger a la grabación de conversaciones orales directas que tengan lugar en el domicilio de la persona investigada o en cualesquiera otros lugares cerrados, también descartamos la aplicación de las normas que regulan esta diligencia. Y ello porque, salvo que el dispositivo se haya manipulado de la forma indicada supra, no se procederá a la grabación de todas las conversaciones que se produzcan en un*

⁵⁶ JIMÉNEZ CANO, R, “Alexa, un asistente virtual, como testigo de un asesinato”, El País. https://elpais.com/internacional/2017/03/08/mundo_global/1488935824_982397.html

determinado lapso temporal, sino tan sólo de las consultas efectuadas y de las órdenes emitidas a Alexa”.

Por lo tanto, concluye la autora considerando que la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas resultaría la más adecuada y de aplicación por analogía para los casos de Alexa: *“Por último, resaltaría la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas ex artículos 588 ter a) y siguientes LECrim. En nuestra opinión, sería éste el régimen que debería aplicarse si se quisiera acceder a la interceptación “en curso” de las consultas que se formulan a Alexa, por ser el que más se ajusta a la naturaleza de esta “comunicación”. De modo análogo a lo que sucede cuando, por ejemplo, un teléfono está intervenido tan sólo se registrarían determinadas “conversaciones” -en este caso las consultas y órdenes dirigidas a esta inteligencia artificial-”.*

En el apartado de “Conclusiones” del capítulo, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ resalta el potencial de estos dispositivos en la investigación de hechos delictivos mediante la aportación de contenido periférico de lo acontecido en el lugar de los hechos. Bien es cierto que para que los altavoces inteligentes comiencen a grabar precisan de una palabra de activación, es decir, no graban todas las conversaciones que tienen lugar en la sala en todo momento, únicamente cuando el usuario activa el dispositivo, éste comienza a grabar. No obstante, no descarta la idea de que, en un futuro, puedan actuar como testigos reales de la comisión de hechos delictivos, bien sea porque la víctima pronuncie la palabra de activación en el momento en el que se están produciendo, o porque el sistema de activación se vea modificado y estos dispositivos no precisen de una palabra para su activación.

CONCLUSIONES

La medida de intervención de las comunicaciones, independiente del tipo de comunicaciones que se pretenda interceptar, supone una injerencia en los derechos fundamentales de los investigados, motivo por el cual debe prestarse especial atención a tres requisitos fundamentales para que la medida revista de legalidad durante su aplicación y, su aprobación no suponga un acto discrecional unilateral: la debida motivación del auto judicial de adopción de la interceptación, respeto al principio de proporcionalidad, es decir, no puede primar la obtención de pruebas, o la investigación policial, a los derechos fundamentales de los sujetos objeto de investigación. Debe existir proporción entre el interés público y la defensa del interés individual del titular del derecho afectado. El último requisito, es la obligación de control judicial que debe revestir la intervención de las comunicaciones en todas sus fases, a fin de que no se vea lesionado el derecho de defensa y se establezca un proceso con todas las garantías procesales.

En el desarrollo del presente trabajo ,se puede observar cómo la regulación legal de la intervención de las comunicaciones, ha ido sufriendo transformaciones y modificaciones, debido principalmente al transcurso del tiempo y a la aparición de nuevas tecnologías y dispositivos con capacidad para formar parte de la medida. Antes del 2015 la regulación normativa de la intervención de las comunicaciones era ciertamente austera y no recogía aquellos supuestos relacionados con dispositivos telemáticos. Fue la jurisprudencia quien se había encargado, hasta el momento, de rellenar en la práctica todos los vacíos jurídicos que la ley presentaba. Posteriormente, se modificaron ciertos cuerpos legislativos y la regulación legal de la medida aumentó, incorporándose figuras nuevas pero dejando, igualmente, a la libre interpretación de Jueces y Tribunales ciertos aspectos limítrofes.

Pese a la actualización que el derecho positivo ha venido experimentando estos últimos años, resulta relevante que sigue sin dar respuesta a los continuos cambios sociales y tecnológicos. Bien es cierto, que el frenetismo característico de la evolución

de los avances tecnológicos resulta inalcanzable para el legislador, pues, para poder igualar el ritmo de desarrollo que ostentan actualmente las nuevas tecnologías, habría que publicar normativa nueva anualmente, lo cual, resultaría imposible a todos los niveles. Sin embargo, sí ha quedado más que demostrado que la frecuencia de actualización del derecho positivo debe recortarse, siendo ésta la única forma de poder dar cabida a todos los cambios actuales y futuros.

Finalmente, en relación con la intervención de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes, desde mi punto de vista, podría considerarse el aspecto más pragmático del trabajo habida cuenta de que el objetivo primordial de este máster universitario es el ejercicio de la abogacía. En esta línea, el legislador únicamente prevé como supuesto procedente para la intervención de dichas comunicaciones, aquellos casos en los que se esté cometiendo un presunto delito de terrorismo, no contemplándose otros hechos delictivos que, a mi entender, reviste de igual o, en algunos casos, incluso mayor trascendencia a nivel del interés general. Delitos como el narcotráfico, trata de blancas o, aquellos cometidos por organizaciones o grupos criminales, suponen una injerencia, en muchos casos desmesurada, para el interés público que, desde mi perspectiva, deberían incluirse en los presupuestos de la medida de intervención.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de Noviembre de 1950
- Constitución Española de 1978
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial
- Ley Orgánica 4/1988, de 25 de Mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 4/1997, de 4 de Agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.
- Ley 9/2014, de 9 de Mayo, General de Telecomunicaciones
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de Octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de Diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales
- Circular 3/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas (TOL 7.087.847)
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de Julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia
- Código Deontológico de la Abogacía Española, de 25 de octubre de 2021.

Libros, artículos de revista y publicaciones web

- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. (1993) *“Los Descubrimientos Casuales en las Intervenciones Telefónicas como Medidas Coercitivas en el Proceso Penal”*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas.

- ELVIRA PERALES, A. (2003), “Sinopsis Artículo 18”.
<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>
- JIMÉNEZ VILLAREJO, (Junio 2010) “Intervención de comunicaciones entre internos y sus letrados”, en El Cronista, Iustel, Núm. 14. Páginas 70 y 71.
- CERRADA MORENO, M, (30 de Diciembre de 2011), “Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente: límites al derecho de defensa”. www.elderecho.com
- SANCHA DÍEZ, J.P (2014), “Intervención de las Comunicaciones y Escuchas Telefónicas”. www.NoticiasJuridicas.com
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A, (2015), “La doctrina del fruto del árbol envenenado”.
<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>
- ARGAS GALLEGO, ANA ISABEL (2021), “Algunos apuntes sobre la interceptación de las comunicaciones telefónicas”. www.elderecho.com
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I, “El secreto de las comunicaciones con el abogado defensor en la nueva sociedad de la información”, <https://ruc.udc.es>
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, “Alexa, ¿quién es el culpable? El uso de altavoces inteligentes como prueba en el proceso penal” (capítulo 8).
- JIMÉNEZ CANO, R, “Alexa, un asistente virtual, como testigo de un asesinato”, El País.
https://elpais.com/internacional/2017/03/08/mundo_global/1488935824_982397.html
- Real Academia Española. <https://dle.rae.es/telem%C3%A1tico>
- Real Academia Española. <https://dle.rae.es/geolocalizar>

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de Marzo de 1998
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de Julio de 1998
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 18 de Febrero de 2003

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 1 de Noviembre de 2009
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES. 114/1984), de 29 de Noviembre de 1984
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES 83/1994), de 20 de Junio de 1994
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES 85/1994)
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES 49/1996), de 26 de Marzo de 1996
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES 49/2009), de 5 de Abril de 2009
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES 202/2001)
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES 123/2002), de 20 de Mayo de 2002
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (TOL 205.001), de 18 de Septiembre de 2002
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES 184/2003)
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES 56/2003)
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES 230/2007)
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (RES 99/2021), de 10 de Mayo de 2021
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de Junio de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de Mayo de 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo, (TOL 4.924.747), de 21 de Julio del 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo, (TOL 4.928.961), de 28 de Febrero de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo, (RES 343/2003), de 7 de Marzo de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo, (RES 988/2003), de 4 de Julio de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de Marzo de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo (RES 737/2009), de 6 de Julio de 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo, (TOL 1.558.884), de 16 de Julio de 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo, (RES 635/2012), de 17 de Julio de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo, (RES 517/2016), de 14 de Junio de 2016
- Sentencia del Tribunal Supremo (RES 740/2017), de 16 de Noviembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo, (RES 655/2020), de 3 de Diciembre de 2020
- Sentencia del Tribunal Supremo, (RES 718/2020), de 28 de Diciembre de 2020
- Auto del Tribunal Supremo, de 24 de Enero de 2003

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (TOL 6.926.053), de 29 de Noviembre de 2018
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TOL 1.796.160), de 25 de Marzo de 2010
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (RES 56/2011), de 8 de Junio de 2011