

Investigación en la perpetración de delitos tecnológicos. La interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas

Alejandra Ortiz García

Abogada del Departamento Legal de LaLiga

Durante los últimos años se han producido avances tecnológicos que han llevado consigo la comisión de delitos mediante el uso de las nuevas tecnologías, siendo por ello útil y necesario contar con una norma que habilite el uso de instrumentos jurídicos para la persecución e investigación de ese tipo de delitos.

En este momento, los órganos jurisdiccionales dedican más recursos y tiempo a los delitos cometidos utilizando las nuevas tecnologías que a los delitos convencionales. Las estafas a través de la red se han incrementado un 20,9%, se ha pasado de 44.174 en enero de 2018 a 53.389 en enero de 2019. En comparación con otros delitos, el incremento ha sido de un 4,5%¹. Este es el origen y motivo de la promulgación de la Ley Orgánica 13/2015, de 15 de octubre, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRIM).

En definitiva, lo que ha venido a regular la citada Ley es en qué supuestos y de qué forma se puede producir una injerencia en la esfera de los derechos fundamentales para que no se desvirtúe el contenido de la investigación realizada. Hasta la publicación de la Ley mencionada, la inexistencia de un marco jurídico provocó problemas procesales importantes a nuestro sistema. A modo de ejemplo, puede citarse la SSTEDH, de 30 de julio de 1988, Valenzuela Contreras contra España o la STC 145/2014, de 22 de septiembre.

Con anterioridad a dicha norma, la doctrina se ha basado en lo establecido en la Sentencia nº 692/1997, de 7 de noviembre, en la que se recoge: *“en tanto la intervención telefónica haya sido acordada judicialmente por auto debidamente motivado dentro de una causa judicial y atendiendo a los requisitos de proporcionalidad, racionalidad, necesidad y especialidad, puede decirse concurrente en el plano constitucional una habilitación judicial válida legitimadora de la intervención, impidiendo apreciar la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con las consecuencias prevenidas en el artículo 11.1 de la LOPJ”*. Los principios citados en esa sentencia son determinantes para la validez de cualquier medida de investigación que suponga un acto de injerencia.

En la LECRIM, las medidas de investigación tecnológica se han ubicado dentro del Libro II, en concreto, en el Título VIII, entre el capítulo IV y el capítulo X. En el capítulo IV se recogen los principios y la regulación que deben cumplir todas las medidas de investigación

¹ Datos obtenidos del Ministerio del Interior

tecnológica que se adopten con el fin de asegurar la protección de los derechos recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española. En los capítulos siguientes se explica la regulación concreta de cada una de las medidas de investigación tecnológica que pueden adoptarse.

A la vista de la importancia de la introducción de estas medidas de investigación en la LECRIM, la Fiscalía General del Estado ha publicado seis circulares analizando el contenido de cada una. Para la elaboración del presente artículo han sido consultadas las mismas.

1. Regulación aplicable a todas las medidas de investigación tecnológica

En cuanto a la legitimación para solicitar este tipo de medidas, están facultados para instarlas el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial. Asimismo, la acusación particular puede proponer una medida de investigación tecnológica al Juez instructor, el cual podrá adoptarla de oficio. Cuando sean instadas por el Ministerio Fiscal, en la solicitud debe incluirse la calificación jurídica de los hechos, así lo recoge la Circular 1/2019 de la Fiscalía General del Estado.

Con anterioridad a la adopción de la medida de investigación debe darse audiencia al Ministerio Fiscal. No obstante, la inexistencia del informe no supone necesariamente que la misma sea irregular, bastará se subsane lo antes posible. Asimismo, la falta de recurso por parte del afectado de la medida conlleva la conformidad con la resolución judicial que acuerda la medida.

La persona afectada por la medida de investigación tecnológica acordada tendrá conocimiento de esta en el momento en el que se alce el secreto de la pieza separada para que el objetivo que se pretende con la misma no decaiga.

El auto que autoriza o deniega una medida de investigación tecnológica debe ser motivado por el juez. Dicha resolución tiene que ser dictada en el plazo de 24 horas y en ella hay que describir el hecho punible, su calificación jurídica, los indicios en los que se basa la medida, los sujetos sobre los que se impone la medida -incluyendo al investigado y los terceros-, el alcance de la misma y su duración, la unidad de la Policía Judicial que se hará cargo de la investigación, la forma y lapso de tiempo en el que el interesado comunique al juez los resultados de la medida, el objetivo que se pretende conseguir con la misma y por último, en el supuesto de que el afectado por la medida tenga conocimiento de la misma, tendrá la obligación de colaborar y guardar secreto bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia. En la Circular 1/2019 se recoge que la resolución judicial deberá contener un requerimiento expreso dirigido al sujeto obligado que llevará acabo la medida para que preste la colaboración necesaria para su ejecución.

Respecto al alcance subjetivo de las medidas, hay que matizar que cuando se desconozca la identidad de las personas a las que puede afectar, el auto que adopta la medida de investigación debe recoger todos los datos de los que se disponga.

Cabe señalar que está permitido en la norma que las medidas de investigación tecnológica afecten a personas que no están investigadas en la causa cuando se dé alguno de los tres requisitos plasmados en el artículo 588 ter. c LECRIM: *“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.

Este artículo recoge la “vía indirecta” que el Tribunal Supremo venía acogiendo con anterioridad a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“Carece de fundamento la objeción de haberse “pinchado” un teléfono público, dado que era precisamente el mismo el utilizado por los acusados y a cuyo través adoptaban acuerdos y formulaban instrucciones. La sentencia da respuesta adecuada a las alegaciones de las partes. Con ignorarse -se dice- sobre qué argumentos se apoya tal pretendida ilicitud -que limitaría a los teléfonos particulares la posibilidad de obtención de pruebas sustrayendo de ella, sin causa alguna, a los públicos- lo cierto es que la juez de instrucción fue sumamente cautelosa al respecto, cual exigían las propias connotaciones de la línea a interceptar, ordenando en el fundamento jurídico primero del auto que, en la medida de lo posible, la observación no alcanzara a personas no sometidas a investigación. Y a ello, cabalmente, atendió la fuerza instructora del atestado, tal como refirieron los policías y testigos en el plenario, efectuando periódicas y discretas vigilancias por los alrededores del bar y avisando mediante equipos portátiles a sus compañeros cuando los investigados entraban en el establecimiento, en orden a que prestaran atención a la eventual conversación que pudiera producirse de forma inminente. Bien resulta el exquisito control judicial eliminando las conversaciones de aquellas personas a quienes no afectaba el auto de intervención².”*

En cuanto a las conversaciones que mantengan los letrados con los investigados, la Circular 1/2019 de la Fiscalía General del Estado realiza un estudio tanto de la jurisprudencia que ha marcado el criterio a seguir, como de la previsión normativa sobre este supuesto, concluyendo que *“Por lo tanto, será posible la intervención de comunicaciones (telefónicas, telemáticas o directas) entre un abogado y su cliente cuando, además de cumplirse el resto de los requisitos exigidos, la investigación pueda poner de manifiesto indicios objetivos de la participación del letrado en una actividad delictiva. Se exceptúan, no obstante, las comunicaciones que puedan mantener en un centro penitenciario que - conforme al artículo 51.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria- solo podrán ser intervenidas en los supuestos de terrorismo”*.

Este tipo de medidas pueden ser adoptadas tanto en la fase de instrucción de los procesos penales como en las investigaciones preprocesales, pero nunca en una fase de ejecución de una sentencia penal.

2. Principios generales para todas las medidas de investigación tecnológica

Los principios *sine qua non* que no pueden transgredir las medidas de investigación tecnológica son los que a continuación se desarrollan: en primer lugar, el principio de especialidad supone que la medida esté relacionada con un delito concreto y delimitado subjetivamente sobre quien se solicita su imposición, por ello, no puede ser adoptada ninguna medida que suponga realizar una investigación genérica y prospectiva. Este

² STS nº 467/1998, de 3 de abril.

principio ha sido tratado, entre otras, en las sentencias STS nº 393/2012, de 29 de mayo, y STS nº 195/2010, de 28 de enero.

Ahora bien, dicha relación no quiere decir que si varían circunstancias que estaban relacionadas con los hechos delictivos se produzca una vulneración del principio de especialidad. En relación con lo expuesto, la Fiscalía General del Estado ha recogido en su Circular 1/2019: *“no se infringe este principio en el caso de que varíen las circunstancias de comisión del delito que inicial fueron previstas, como ocurre en los casos de tráfico de droga cuando se incauta una sustancia diferente a la que originariamente se investigaba o cuando el sistema utilizado para traficar con la sustancia es diferente al inicialmente previsto (se introduce droga en un velero y no en un contenedor)”*.

Es importante mencionar que si durante la investigación de un delito concreto para el cual se adoptó una medida se descubre la comisión de otro delito diferente del primero, deberá dictarse una resolución judicial que autorice la investigación de ese hecho delictivo distinto o bien, para el caso de que el hecho delictivo no tenga conexidad con el primero, procederá la incoación de un nuevo procedimiento. En este último supuesto, hay que señalar que los respectivos jueces de instrucción están vinculados por el secreto de las actuaciones, debiendo mantener esa situación hasta que el secreto se alce en el otro procedimiento.

En el artículo 588 bis a. 3 LECRIM se recoge la finalidad del principio de idoneidad: *“servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad”*. El Tribunal Constitucional ha marcado en su jurisprudencia que una medida de investigación es idónea cuando *“es susceptible de conseguir el objetivo propuesto”*³.

En tercer lugar, de conformidad con los principios de excepcionalidad y necesidad, la Ley de Enjuiciamiento Criminal -artículo 588 bis a. 4- pauta que sólo se podrán acordar medidas de investigación, cuando sea la única forma para conseguir el descubrimiento de los hechos y la medida que se pretenda adoptar sea la menos gravosa para los derechos fundamentales del sujeto afectado.

El último principio por el que debe velarse es el de la proporcionalidad. Este principio lleva consigo la realización de un juicio de ponderación entre los derechos fundamentales que puedan verse vulnerados y el beneficio que se obtendría de adoptar la medida de investigación. Para realizar la valoración mencionada debe tener en cuenta *“la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”* -artículo 588 bis. a. 5 LECRIM-.

3. Medida consistente en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Debido al número de medidas de investigación tecnológica que se han introducido con la Ley Orgánica 13/2015, y habiendo expuesto la regulación general de todas, a continuación,

³ STC nº 2017/1996, de 16 de diciembre.

se analiza de forma concreta la medida de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

La interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas se encuentra regulada en los artículos 588 ter.a a 588 ter.m LECRIM. Lo dispuesto en los citados artículos resulta de aplicación sólo cuando se produzca una limitación de los derechos comprendidos en el artículo 18 de la Constitución Española, estos son: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen, el domicilio, el secreto de las comunicaciones y el uso de la informática.

Los presupuestos necesarios para la adopción de esta medida tecnológica vienen recogidos en el artículo 588 ter. a LECRIM: *“cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1⁴ de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicios de comunicación”*.

En cuanto a la previsión contemplada en el artículo 579.1 LECRIM, hay que matizar que, dado que todas las medidas de investigación tecnológica deben cumplir con los criterios *sine qua non* previstos en el artículo 588 bis. a LECRIM, no es posible acordar la medida cuando se persigan delitos leves –salvaguardando el principio de proporcionalidad–, salvo que la medida esté acotada al acceso de determinados datos del tráfico, por ejemplo, el listado de llamadas de un dispositivo sin entrar en el contenido de esas llamadas, debiendo tener una fundamentación reforzada. En el caso de que aparezca un delito conexo, pero desapareciese el delito principal que justificó en un primer momento la adopción de la medida, no podrá acordarse la misma. Quedan igualmente excluidos de dicha medida los delitos imprudentes, aunque los mismos excedieran de la pena de tres años.

Respecto al ámbito objetivo de la medida, cuando el juez autorice el acceso al contenido de las comunicaciones, si considera necesario acceder también a otros datos de tráfico o asociados a la comunicación, deberá indicarlo de manera concreta en la resolución - artículo 588.ter.b LECRIM-. Esta imposición legal es una consecuencia directa de las exigencias que con carácter general se impone a las medidas en cuanto a su necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad. En definitiva, el juez tendrá que concretar si la intervención se refiere solo a las comunicaciones orales realizadas a través del terminal telefónico o si también afecta a los intercambios de mensajes cortos (SMS), el correo electrónico o los mensajes multimedia (MMS).

El artículo 588 ter. d LECRIM, en su apartado segundo, incluye todos los datos a los que se refiere el artículo 3 de la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. En concreto, habrá que indicar el número del abonado, la dirección IP, el IMSI, el IMEI, la DSL, datos referidos a la geolocalización de los equipos que interviene en la comunicación, así como todos los datos necesarios para la facturación del servicio de comunicación, como son la identificación del titular del servicio, su domicilio, su número de cuenta y su dirección de correo electrónico.

⁴ “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.”

Esta reforma aborda, en los artículos 588 ter. b y 588 ter. c LECRIM, las diversas formas que el investigado pudiera utilizar para evitar el control de sus comunicaciones, así como la posibilidad, en el segundo de los artículos mencionados, de intervenir comunicaciones de terceros ajenos a la investigación. En el primer caso se limitan derechos fundamentales del propio investigado, con independencia de los terminales o medios de comunicación utilizados. En el segundo caso se limita el derecho fundamental de un tercero en cuanto a su relación con el delito que comete el investigado. Lo que se quiere conseguir con ello es plasmar una posibilidad que ya contempló la STS nº 474/2012, de 6 de junio, en el sentido de que lo importante para acordar la medida *“no es la relación de titularidad del sujeto investigado con el terminal o medio de comunicación, sino su relación como usuario, aunque fuese ocasional”*⁵. De esta forma, la investigación queda reforzada, ya que es habitual que el autor del delito utilice nombres de terceros para evitar el control judicial de sus comunicaciones.

También se ha trasladado a la norma la posibilidad de intervenir comunicaciones en las que el investigado aparezca como receptor de las mismas, esta opción ya fue admitida por el Tribunal Constitucional en su STC nº 219/2009, de 21 de diciembre.

Asimismo, en el artículo 588 ter.b.2 LECRIM se regula la interceptación de *los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad*. En este caso, para adoptar dicha medida será irrelevante que la víctima haya prestado o no su consentimiento. Sobre este particular, tal y como hace constar la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2019, si la interceptación se llevase a cabo sin el consentimiento de la víctima, será exigible una mayor gravedad del delito toda vez que se limita un derecho de una persona que no es sospechosa de la actividad delictiva.

Respecto a la intervención de las comunicaciones de personas no investigadas, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 588 ter.c. Es preciso que se cumpla, en primer lugar, que el investigado se sirva de ellas para transmitir o recibir información; en segundo lugar, que el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad y, en tercer lugar, que el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática sin consentimiento de su titular. Esta previsión legal se aplicará en aquellos casos en los que no existan indicios racionales de delito para imputar al tercero como cómplice o cooperador necesario en el delito investigado.

Para los casos en los que se investiguen delitos de terrorismo, el artículo 588.ter.d LECRIM recoge la posibilidad de que se acuerde una interceptación de comunicaciones en caso de urgencia por parte del ministro del Interior o el Secretario de Estado de Seguridad. En estos supuestos, la medida se comunicará al juez competente dentro del plazo máximo de 24 horas, indicando los motivos que justificaron la adopción de la medida y el resultado obtenido, correspondiendo al juez confirmar o revocar tal actuación en el plazo de 72 horas.

Como en el resto de medidas, existe un deber de colaboración que afecta a todos los prestadores de servicios de Telecomunicaciones, de acceso a una red de

⁵ Circular 2/2019 de la Fiscalía General del Estado.

telecomunicaciones o de servicios de sociedad de la información, así como a toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones. En el caso concreto de esta medida, la citada obligación aparece en el artículo 588 ter. de LECRIM. En este apartado, los problemas prácticos que pudieran presentarse se refieren a cuestiones de jurisdicción entre el ordenamiento jurídico español y el de otros países. A nivel europeo, la solución se encuentra en lo dispuesto en los artículos 202 y 204 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

En el momento en el que se alce el secreto o cuando finalice la vigencia de la medida, se dará traslado a las partes de las grabaciones y transcripciones realizadas, no obstante, podrán omitirse aquellas partes referidas a aspectos de la vida íntima de las personas, decisión que deberá razonarse. Las partes pueden solicitar la inclusión de aquellas comunicaciones que entiendan relevantes y hayan sido excluidas. Aquellas personas que no sean parte en el procedimiento deberán ser informadas del cese de la medida, pudiendo obtener, si lo solicitan, copia de las grabaciones, siempre y cuando no resulte afectada la intimidad de terceros.


Otro aspecto importante es el relativo a la identificación mediante el número de IP, previsto en el artículo 588 ter.k. LECRIM. En el citado precepto se determina la forma en la que hay que actuar cuando se quiere identificar a la persona que se encuentra realizando una comunicación a través de Internet. Caben dos opciones: la primera, siendo necesaria la colaboración de un prestador de servicios de las comunicaciones en los términos previstos en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; y la segunda, que la policía haya podido localizar la dirección IP sin necesidad de acudir al prestador de servicios de sociedad de la información.

En el primer supuesto, habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 588.ter j LECRIM y, por ello, se requerirá autorización judicial debido a la necesidad de relacionar la IP con un equipo o dispositivo concreto. Según la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras, en STS 292/2008, de 28 de mayo, y 776/2008, de 18 de noviembre, una vez averiguada la IP, las siguientes actuaciones de identificación y localización de quien sea la persona que tiene asignada esa IP deben realizarse bajo control judicial. Esta misma línea se ha trasladado a los casos en los que es preciso relacionar los códigos de identificación tales como el IMSI o IMEI de cualquier dispositivo de comunicación telefónica (artículo 588 ter. l LECRIM).

4. Conclusión

La reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, ha llenado el vacío existente en el marco jurídico español respecto de las garantías que deben reunir las medidas que interceptan sistemas tecnológicos basados en la informática y en las telecomunicaciones.

Esta nueva regulación hace compatible la utilización de medidas de investigación ante hechos delictivos cometidos a través de las nuevas tecnologías y el derecho de los ciudadanos a que la injerencia en su intimidad y en sus comunicaciones se realice de forma idónea, excepcional, necesaria y proporcional.



En definitiva, la actual normativa pretende, por un lado, hacer posible el legítimo derecho del perjudicado a resarcirse de los daños sufridos por el delito cometido a través de medios tecnológicos, disponiendo para ello de mecanismos legales de investigación, y, por otro, garantizar el derecho del investigado a que la limitación de sus derechos contará en todo caso con la tutela judicial efectiva.