



La intervención de las comunicaciones: visión desde el escenario actual.

A intervención das comunicacións: visión dende o escenario actual.

The communication intervention: view from the current scenario.

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
MÁSTER DE LA ABOGACÍA
CURSO 2019/2020

CARLOTA GRANDÍO MOREIRAS

Tutor: Dr. Juan Cámara Ruíz.

V.Bº.:

ÍNDICE

RELACIÓN DE ABREVIATURAS.	2
INTRODUCCIÓN.	3
CAPÍTULO I: LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.	5
1.1. DERECHOS AFECTADOS Y PRINCIPIOS RECTORES.	5
1.2. RESOLUCIÓN JUDICIAL HABILITANTE.	9
CAPÍTULO II: LA ILICITUD DE LA PRUEBA.	17
2.1. LA NULIDAD DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS.	17
2.2. HALLAZGOS CASUALES.	23
CAPÍTULO III: SITEL (SISTEMA INTEGRADO DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA).	29
3.1. ASPECTOS TÉCNICOS.	29
3.2. ASPECTOS JURÍDICOS.	32
3.3. APLICACIONES DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA.	39
CAPÍTULO IV: INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE: ¿INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO DE DEFENSA?	42
CONCLUSIONES.	51
APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO.	54
APÉNDICE NORMATIVO.	56
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.	58

RELACIÓN DE ABREVIATURAS.

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
Art. (s)	Artículo (s)
AN	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
FFCCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SITEL	Sistema Integrado de Interceptación Telefónica
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UCO	Unidad Central Operativa del servicio de policía judicial de la Guardia Civil

INTRODUCCIÓN.

Los avances tecnológicos que se han sucedido en las últimas décadas han posibilitado formas de comunicación antes inimaginables. Estas novedades en la sociedad han de tener un reflejo en la legislación, cuidadoso y actualizado en materia penal.

Estos avances, sobre todo los relacionados con nuevas plataformas de comunicación interpersonal, que tan positivos han sido, a su vez también han posibilitado nuevas formas de comisión de delitos, lo que se ha traducido, inevitablemente, en novedosas formas de investigación, que entroncan indiscutiblemente con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Este trabajo tiene como principal propósito de estudio las intervenciones telefónicas y éstas ya existían antes de la denominada “sociedad de la información”, pero se ha hecho necesaria su adecuación a los nuevos tiempos.

La reforma legislativa llevada a cabo en el año 2.015, después de múltiples reproches y advertencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, normativizó las pautas que la jurisprudencia había ido estableciendo a lo largo de los años.

Es evidente que las intervenciones telefónicas comportan una injerencia en derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, ambos recogidos en nuestro texto Constitucional y, en algunas ocasiones, como se verá, cabe plantearse la conflictividad de esta medida con el derecho de defensa, también recogido en la Constitución.

De este modo, una de las líneas fundamentales del presente trabajo es analizar las cuestiones procesales que pueden surgir en el ámbito de la intervención de las comunicaciones, con especial atención a las nulidades probatorias derivadas de la inobservancia de algún derecho fundamental.

En definitiva, y parafraseando a nuestro Tribunal Supremo *“la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio”*.

En cuanto a la sistematización del trabajo, el Capítulo Primero está dedicado al estudio de cuestiones básicas tales como la regulación positiva de las intervenciones

telefónicas, los requisitos normativos y jurisprudenciales que deben observarse en la autorización de la medida y su posible nulidad o ilicitud. Se trata de aspectos fundamentales que servirán de base para el posterior estudio de cuestiones más complejas, como los hallazgos casuales o la interceptación de conversaciones entre el abogado defensor y el investigado.

Se analizará pormenorizadamente, en el capítulo segundo, la cuestión de la ilicitud de la prueba, exponiendo y analizando la doctrina jurisprudencial y las consecuencias de ello.

Otra cuestión que se trata en este mismo capítulo y que a nuestro juicio es fundamental, es el análisis de los denominados hallazgos casuales. Como es fácilmente imaginable, no es infrecuente, en la práctica forense, que como consecuencia de una medida de intervención telefónica se obtenga información indiciaria de otros hechos delictivos ajenos a la investigación en curso. En este apartado se irán exponiendo diferentes problemáticas procesales que pueden surgir en el marco de los hallazgos casuales y cómo podemos afrontarlas, tanto desde la perspectiva del abogado defensor como desde la perspectiva de la Acusación Particular.

Por otro lado, se hará especial referencia al Sistema Integrado de Interceptación Telefónica, más conocido como SITEL, los aspectos técnicos que lo conforman y la exposición de la evolución jurisprudencial, y con expresa referencia a las aplicaciones de mensajería instantánea y la problemática que surge a la hora de intervenir conversaciones con el denominado “*cifrado de extremo a extremo*”.

Finalmente, el último Capítulo tiene por objeto el análisis de aquellas intervenciones telefónicas en que se captan conversaciones entre abogado defensor e investigado, con especial atención al Auto de 2 de febrero de 2.019, en el marco de la llamada Operación Lezo.

Analizaremos el conflicto que puede existir entre la captación de estas conversaciones y el derecho de defensa, la posición del Tribunal Supremo al respecto, tanto en el supuesto de conversaciones que se captan coyunturalmente, como en el supuesto de que el fin último de la resolución sea éste.

CAPÍTULO I: LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.

1.1. DERECHOS AFECTADOS Y PRINCIPIOS RECTORES.

Las intervenciones telefónicas son un medio instrumental a través del cual, en el marco de una instrucción judicial, se investiga la comisión de un ilícito penal¹. Esta diligencia de investigación afecta directamente el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y al derecho a la intimidad.

La Constitución española² (en adelante, CE) establece el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad en su artículo (en adelante, art.) 18, constatando así la estrecha relación existente entre ambos.

El derecho a la intimidad, además, encuentra protección en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ y el art. 8.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)⁵

La doctrina ha entendido, por otra parte, que el derecho al secreto de las comunicaciones es el derecho fundamental que permite que una persona pueda

¹ Una definición más amplia ha ofrecido la Jurisprudencia, tal y como puede observarse en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) (Sala de lo Penal) núm. 1889/1994, de 31 de octubre (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 1994/9076), que indica que *“Las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas escuchas telefónicas) implica una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden concepcuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen por el juez de instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”*.

² Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado* (en adelante, BOE), núm. 311, de 29 de diciembre de 1.978.

³ ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, 217 A (III) (última consulta: 28 de enero de 2.020). Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>.

⁴ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *BOE*, núm. 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9.337 a 9.343.

⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. *BOE*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23.564 a 23.570.

comunicarse libremente con cualquier otra través de un medio de comunicación cerrado, y sin que sea conocido el contenido de la comunicación por terceros ajenos a la misma⁶.

La jurisprudencia constitucional⁷ ha precisado que no se protege en sí el contenido de lo comunicado, sino la impenetrabilidad del proceso comunicativo para terceros ajenos al mismo.

Las medidas de investigación tecnológica se encuentran reguladas en los arts. 588 bis a. al 588 bis k. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim)⁸ y la regulación específica de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se dispone en los arts. 588 ter a. al 588 ter m. LECrim.

El art. 588 bis a. LECrim ha establecido los principios rectores por los que ha de regirse la adopción de medidas de interceptación de las comunicaciones. Estos principios, a saber, de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, ya habían sido establecidos por la jurisprudencia⁹ anteriormente, aunque con una puntualización: se habían fijado también los principios de jurisdiccionalidad y legalidad que, pese a ser omitidos por el legislador, han de observarse de igual manera.

El art. 588 bis a.2. regula el principio de especialidad, en tanto que la medida debe estar relacionada con el caso concreto que se investiga. La aplicación de este principio impide que se lleven a cabo las medidas generales utilizadas para prevenir delitos o despejar sospechas sin base objetiva¹⁰, lo que conduce irremediabilmente a la prohibición expresa de las denominadas investigaciones prospectivas, que se tratarán posteriormente.

⁶ SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: “*Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*”, Barcelona: Bosch, 2017, p. 118.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) núm. 56/2003, de 24 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2003/56).

⁸ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE*, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

⁹ STS (Sala de lo Penal) núm. 692/1997, de 7 de noviembre (F.J. 4º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 1997/8348).

¹⁰ También en este sentido lo ha entendido la jurisprudencia, a modo ejemplificativo la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 272/2017, de 18 de abril (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/1984).

La jurisprudencia ya venía alertando acerca de la nulidad en las actuaciones en que no se precisa el tipo delictivo y la identificación de los sujetos que son objeto de investigación, puesto que, de otro modo, nos hallaríamos ante autorizaciones en blanco¹¹.

Cabe aquí hacer una serie de precisiones, acerca de la obligatoria indicación del tipo delictivo y los sujetos que padecerán la medida. Esto no implica, y así lo ha entendido la jurisprudencia, que haya de imponerse una identidad plena entre las sospechas e indicios objetivos que dan lugar a la medida y los finalmente descubiertos. No podría alegarse una nulidad de las actuaciones en caso de que se modifiquen las circunstancias razonablemente (cuando, por ejemplo, se ocupa una droga de diferente naturaleza a la prevista)¹².

También afecta al principio de especialidad, el supuesto de los denominados “*hallazgos casuales*”, que serán objeto de análisis específico posteriormente.

En cuanto al principio de idoneidad, el art. 588 bis a. LECrim, su apartado tercero, simplemente indica que “*servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad*”.

La jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (en adelante, TS), como del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha entendido que existirá idoneidad cuando la medida aparezca adecuada a los fines de la instrucción¹³, cuando permita seguir avanzando en la misma¹⁴ o cuando la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto¹⁵.

En cuanto a la necesidad de la medida, regulada en el art. 588 bis a., apartado 4, se entiende que debe ser imprescindible e insustituible al no existir otro medio de

¹¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 393/2012, de 29 de mayo (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/6565).

¹² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 412/2011, de 11 de mayo (F.J. 6º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2011/3749).

¹³ SSTs (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 85/2017, de 15 de febrero (F.J. 5º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/1909); núm. 993/2016, de 12 de enero de 2017 (F.J. 6º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/2104).

¹⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 982/2016, de 11 de enero de 2017 (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/225).

¹⁵ STC (Sala Primera) núm. 207/1996, de 16 de diciembre (F.J. 4º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1996/207).

investigación de menor incidencia constitucional¹⁶. Así pues, primero habrá de estudiarse la idoneidad de la medida para la consecución de resultados y, posteriormente, se examinará si existe otra medida menos gravosa que pueda arrojar idénticos resultados.

El elemento de necesidad de este tipo de medidas se encuentra expresamente regulado en el art. 8.2 del CEDH y en el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE).

El principio de necesidad se halla estrechamente relacionado con el principio de excepcionalidad, quedando así patente en la regulación conjunta que llevó a cabo el legislador.

El principio de excepcionalidad incide, del mismo modo, en que las medidas que suponen una afectación de derechos fundamentales han de acordarse con carácter excepcional y no cotidiano¹⁷.

El principio de proporcionalidad, atendiendo al apartado 5 del art. 588 bis a. LECrim, obliga a que, en el marco de adopción de una medida que suponga una injerencia en los derechos de un ciudadano, la lesión provocada al investigado guarde proporcionalidad con la gravedad del delito que se investigue.

El TC ha entendido que la proporcionalidad de la medida obliga a que la medida que se adopte se halle dirigida a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarla, lo que únicamente sucederá en los casos en que la intervención acordada suponga la afectación mínima y estrictamente necesaria para el descubrimiento de los hechos delictivos¹⁸.

El propio art. 588 bis a., apartado 5, señala que se han de ponderar, por un lado, “*los derechos e intereses afectados por la medida*” y, por otro, “*el interés público y de terceros*”. Dentro del ámbito del interés público han de entenderse comprendidos los

¹⁶ RICHARD GONZÁLEZ, M.: “*Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos, y grabación de imagen y sonido*”, Las Rozas: La Ley Wolters Kluwer, 2.017, p.88.

¹⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 104/2011, de 1 de marzo (F.J. 8º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2011/2499).

¹⁸ STC (Pleno) núm. 49/1999, de 5 abril (F.J. 7º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1999/49).

elementos que la norma cita a continuación, que ya habían sido establecidos por la jurisprudencia, a saber, la gravedad del hecho¹⁹, la trascendencia social²⁰, el ámbito tecnológico de producción²¹, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

El principio de proporcionalidad abarca, implícitamente, la concurrencia de los presupuestos de idoneidad, necesidad y excepcionalidad²².

Como observamos, la intervención de las comunicaciones tiene una incidencia directa en los derechos fundamentales de intimidad y secreto de las comunicaciones, derechos protegidos expresamente en nuestro texto constitucional. Así, para la legitimidad de esta injerencia han de cumplirse los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad y la inobservancia de cualquiera de ellos traería consigo, de manera inevitable, la ilicitud de la medida.

1.2. RESOLUCIÓN JUDICIAL HABILITANTE.

Antes de proceder a examinar los elementos exigidos a la autorización judicial de la medida de injerencia, habrán de analizarse los requisitos de la actividad policial que peticiona dicha medida, que expondremos a continuación.

Para empezar, se exige suficiencia de la descripción de las actividades operativas. El oficio policial ha de describir aquellas actividades operativas dirigidas a la investigación que han llevado a cabo o cualquier otra información concreta o específica de las que se han obtenido datos de carácter objetivo. No puede tratarse de vagas

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) (Gran Sala), de 2 de octubre de 2018 (Aranzadi Westlaw, referencia TJCE 2018/231); STC núm. 299/2000, de 11 de diciembre (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2000/299).

²⁰ SSTs (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 308/2009, de 23 de marzo (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2009/4708); núm. 985/2009, de 13 de octubre (F.J. 3º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2010/664); núm. 1241/2005, de 27 de octubre (F.J. 1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2005/8299).

²¹ STC (Sala Primera) núm. 104/2006, de 3 de abril (F.J. 4º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2006/104).

²² SSTC núm. 173/2011, de 7 de noviembre (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2011/173) y núm. 115/2013, de 9 de mayo (F.J. 5º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2013/115).

informaciones, o aseveraciones especulativas de las que se pueda presumir que ha existido una investigación prospectiva.

No puede exigirse, en cambio, que el oficio policial en el que se consigna la petición de intervención reúna “*auténtica prueba de cargo*”. En contraposición a lo explicado, tampoco podrán exigirse datos que otorguen seguridad de la actividad presuntamente ilícita que se estaría llevando a cabo pues, de ser así, no sería necesaria la diligencia de intervención telefónica.

Además, la jurisprudencia ha avalado la posibilidad de admitir una confidencia como punto de partida para una investigación policial, que concluya en la petición de intervención telefónica, ya que ésta no puede interesarse si no es con elementos previos que demuestren unos “*indicios fundados*” que permitan acudir al juez instructor. Las informaciones o confidencias tienen la única virtualidad de iniciar una investigación policial sobre los hechos de apariencia delictiva y será en el curso de ella cuando se consigan los datos objetivos acerca de la probabilidad de la existencia del delito investigado y de los sujetos implicados²³.

Será suficiente, por tanto, una confidencia y la comprobación subsiguiente de alguno de sus extremos, o que la propia confidencia funcione como elemento confirmador de otros datos, para acordar una intervención policial²⁴.

En esta misma línea, la doctrina jurisprudencial señala que la mera publicación de informaciones en los medios de comunicación no puede justificar sin más la apertura de un procedimiento penal para la investigación de los hechos descritos, si no se aporta u ofrece algún indicio de su comisión que pueda ser calificado como accesible y racional²⁵.

²³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), caso Kostovski contra Países Bajos, de 20 noviembre de 1989 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1989/21); SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 153/2015, de 18 de marzo (F.J.5º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2015/995); núm. 181/2014, de 11 de marzo (F.J.3º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2014/1899); núm. 318/2013, de 11 de abril (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013/5933).

²⁴ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 203/2015, de 23 de marzo (F.J.2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2015/1489); núm. 339/2013, de 20 de marzo (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013/7450).

²⁵ Auto de TS (Sala especial del art. 61 de la LOPJ), núm. 5/2018, de 31 octubre (F.J. 5º) (Aranzadi Westlaw, referencia JUR 2018\314466); Auto de TS (Sala de lo Penal, Sección1ª), de 13 abril 2016 (F.J.5º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2016\1676).

Por otra parte, no pueden exigirse “*actos de fe*” en la investigación que da lugar al oficio policial. El oficio tendrá que explicar las razones objetivas, y no subjetivas, de la solicitud, basada no en meras sospechas, sino en algún indicio de cierta relevancia²⁶.

Los datos objetivos²⁷ que se expongan han de atender a circunstancias concretas y la petición ha de ser razonada y específica. Así, el TC ha señalado que los indicios a los que se alude para solicitar la autorización son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo²⁸.

La Sala Segunda ha venido describiendo, a lo largo de los años, los datos que debe recoger el oficio policial como base para que el juez autorice la medida²⁹.

El oficio debe recoger los elementos precisos que han de poner de manifiesto la necesidad de la injerencia. Además, ha de proporcionarse la información suficiente sobre la conducta y la participación de las personas a las que se lesionarán sus derechos y los indicios de realización de conducta típica y grave, con una relación de las actividades operativas realizadas. No se trata de hacer un ejercicio jurídico absolutamente detallado, únicamente deben expresarse las actividades policiales llevadas a cabo, los datos o indicios objetivos que se obtuvieron y el tipo delictivo que puede corresponder a dichos indicios, y los sujetos implicados.

En cuanto a quién está legitimado para solicitar la medida, únicamente habrá de hacerse referencia a que la diligencia puede ser acordada por el juez instructor de oficio pero también puede ser solicitada, además de la Policía Judicial, por el Ministerio Fiscal

²⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 216/2018, de 8 de mayo (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2018/3193)

²⁷ Al respecto de estos datos objetivos, la STC (Pleno) núm. 184/2003, de 23 de octubre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2003/184) en su F.J 11º ha matizado que deben ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. En este mismo sentido, STEDH caso Klass y otros contra Alemania, de 6 de septiembre de 1978 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1978/1) y caso Lüdi contra Suiza, de 15 de junio de 1992 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1992/51).

²⁸ SSTC núm. 253/2006, de 11 de septiembre (F.J.2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2006/253); núm. 202/2001, de 15 de octubre (F.J.4º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2001/202); STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 245/2009 6 de marzo (F.J.1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2009/1547).

²⁹ Por todas, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 175/2009, de 24 de febrero (F.J. 1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2009/1139).

(en adelante, MF). La Acusación Particular también puede solicitar dicha medida pero, en caso de que el instructor estime oportuna la injerencia, aquella no tendrá conocimiento hasta el momento en que se levante el secreto de las actuaciones.

Además, el art. 588 ter a. LECrim establece que la autorización judicial únicamente podrá ser acordada en el marco de la investigación de una serie de delitos concretos, a saber: 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) delitos de terrorismo; 4) delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

Con respecto al art. 588 bis c. LECrim, apartado primero, que regula el plazo en que ha de ser acordada la medida por el juez después de ser oído el Ministerio Fiscal, únicamente se harán dos precisiones.

Desde que se recibe la solicitud, el juez debe dar traslado al MF para que informe de la pertinencia de la medida, y oído este, debe resolver, todo ello en un plazo de 24 horas. Este plazo puede interrumpirse en el caso de que el instructor requiera a las autoridades policiales para hacer alguna aclaración o ampliación respecto de la solicitud, tal y como señala el apartado segundo del mismo artículo.

Si el juez no adopta la medida en el referido plazo, simplemente se reputará como irregularidad procesal, a menos que el incumplimiento se prolongue de manera desproporcionada, de forma que se pongan en entredicho los presupuestos de excepcionalidad y necesidad, lo que podría conllevar la nulidad de la medida.

Además, el juez instructor antes de resolver, deberá requerir del MF un informe de carácter preceptivo. Este informe al que nos referimos es requisito de legalidad introducido en la reforma de la LECrim llevada a cabo en el año 2.015, y la jurisprudencia anterior no lo consideraba causa de nulidad de la medida³⁰.

Para el caso de que no se hubiese emitido, nos encontraríamos con que cierto sector doctrinal entiende únicamente que ha de reputarse como una irregularidad

³⁰ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 248/2012, de 12 de abril (F.J.8º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/8195) y núm. 722/2012, de 2 de octubre (F.J.3º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013/1432).

procesal³¹, sin embargo si actuamos como letrados de la defensa habremos de interponer recurso en cuanto se alce el secreto de las actuaciones, pues de otro modo se entendería que existe conformidad con la resolución y la medida acordada.

Sí cabe reseñar que el informe del MF no es preceptivo en los casos en que el solicitante sea el propio MF³². Sí tendrá trascendencia en el caso de que, unido a la ausencia de informe, se observase una absoluta ausencia de intervención del MF en la pieza separada de intervención telefónica, sí podría conllevar la nulidad de lo actuado³³.

Este mismo artículo, en su apartado a., refiere que en el auto también ha de fijarse *“el hecho punible objeto de la investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funde la medida”*. Inciden en este punto de manera trascendental los principios de proporcionalidad y necesidad. Las irregularidades derivadas de esta exigencia pueden llegar a provocar la nulidad de la autorización, sin embargo, si los defectos en la indicación del hecho no obstan para su individualización o si la omisión o error en la calificación jurídica no afectase a la proporcionalidad, se tratarán simplemente como meros defectos procesales.

En cuanto a la fijación en el auto de los indicios racionales en que se funda la medida, el TC considera insuficiente la afirmación acerca de la existencia de una investigación previa, sin haber especificado en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado, aunque en el mismo auto se expongan el delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir, el plazo de intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez, señalando el tribunal que estos últimos extremos no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que sirven de soporte a la investigación, ni la falta de esos

³¹ Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE*, núm. 70, de 22 marzo de 2019, págs. 30.061 a 30.090.

³² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 272/2017, de 18 de abril (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/1984).

³³ STC (Sala Primera) núm. 197/2009, de 28 de septiembre (F.J. 7º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2009/197).

indispensables datos puede ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma³⁴.

Lo deseable sería que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos que acabamos de enumerar, no obstante, la jurisprudencia constitucional admite la motivación por remisión, de manera que el auto judicial puede considerarse suficientemente motivado si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad³⁵.

Considera la Sala Segunda que no se origina indefensión para el investigado, que en todo caso puede conocer las razones tenidas en cuenta por el juez para acordar la intervención telefónica, que es lo verdaderamente relevante para su posible impugnación³⁶. Lo que no sería admisible sería que el instructor se limitara a llevar a cabo una transcripción fáctica del oficio policial y se constatare una ausencia de fundamentación jurídica.

Una de las novedades introducidas por la modificación legislativa del año 2.015, en los subapartados d y h del art. 588 bis c.3 LECrim, es la obligación de precisar la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, así como el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención, en el caso de éste último, del deber de colaboración y de guardar secreto.

La identificación de la unidad policial en el auto no venía siendo exigida por la jurisprudencia y su omisión no producirá la nulidad de la resolución, a menos que el déficit en el control judicial se haya visto también incrementado por otras circunstancias. En cuanto al sujeto obligado, se ha entendido como tal a los operadores que exploten la red o presten el servicio de telecomunicaciones³⁷.

³⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 333/2019, de 27 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2019/2956).

³⁵ STC (Pleno) núm. 167/2002, de 18 de septiembre (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2002/167).

³⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 1029/2003, de 7 de julio (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2003/6157).

³⁷ Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Op. cit.*

Siguiendo con la regulación del art. 588 bis c.3 b, éste se refiere a la consignación por escrito en la resolución judicial de la identidad de los investigados y de cualquier otra persona afectada por la medida, si se conociere. En cuanto al alcance subjetivo de la resolución, éste ha sido motivo de amplios debates, especialmente en lo tocante a la afectación de terceros, argumentos que no reproduciremos ni analizaremos aquí por no ser objeto del presente estudio.

También señala el mismo artículo, en su apartado f, la exigencia de que, en la resolución judicial, se concrete la forma y la periodicidad con la que el solicitante dará cuenta a la autoridad judicial de los resultados de la medida. Este requisito se encuentra íntimamente ligado al control judicial que se exige en el art. 588 bis g. La omisión de este requisito no conlleva la nulidad del auto siempre y cuando se haya llevado a cabo de manera efectiva el referido control, pues en caso contrario sí nos hallaríamos ante una posible nulidad.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la resolución judicial ha de expresar la duración de la medida (art. 588 bis e) y la finalidad perseguida con la medida (apartado g, del art. 588 bis c.3).

En cuanto a la duración de la medida, ésta será de tres meses de duración máxima inicial, prorrogables hasta un límite de dieciocho meses para el caso de las intervenciones telefónicas.

En lo tocante a la finalidad perseguida supone la exteriorización de las razones que justifican la concurrencia de los principios rectores exigidos en el art. 588 bis a) y, más en concreto, los de excepcionalidad y necesidad³⁸.

En cuanto a los requisitos que se han enumerado, la jurisprudencia también los ha ido señalando a lo largo de los años, completándolos con la doctrina jurisprudencial que ha emanado del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, TEDH)³⁹,

³⁸ Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *op. cit.*

³⁹ SSTEDH de: caso Prado Bugallo contra España, de 18 de febrero de 2003 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 2003/6); caso Lambert contra Francia, de 24 de agosto de 1998, (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1998/40); caso Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998 (Aranzadi Westlaw,

aunque, con respecto a éste último, no se han colmado todas las exigencias que ha reclamado.

Pues bien, la observación de las exigencias ha de realizarse con extremo cuidado, tanto por las fuerzas policiales como por las autoridades judiciales, pues, en caso contrario se abriría la puerta a posibles nulidades probatorias por vulneración de derechos fundamentales. El letrado defensor debe, asimismo, estudiar con cuidado y detenimiento todos los aspectos procesales relativos a la medida de investigación y prestar especial atención a los plazos para interponer recurso desde el momento en que se alce el secreto de las actuaciones.

referencia TEDH 1998/31); caso Kopp contra Suíza, de 25 de marzo de 1998, (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1998/9); caso Halford contra Reino Unido, de 25 de junio de 1997, (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1997/37); casos Kruslin y Huvig, ambos contra Francia, sentencias de 24 de abril de 1990 (Aranzadi Westlaw, referencias TEDH 1990/1 Y TEDH 1990/2, respectivamente); caso Schenk contra Suíza, de 12 de julio de 1988 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1988/4); entre otras.

CAPÍTULO II: LA ILICITUD DE LA PRUEBA.

2.1. LA NULIDAD DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS.

La nulidad probatoria cobra especial relevancia cuando estudiamos las diligencias de investigación, puesto que en la práctica forense se alega habitualmente que dichas pruebas se han obtenido violentando los derechos fundamentales de los investigados, lo que las convertiría en ilícitas.

Uno de los pilares del sistema procesal penal español gira entorno a la llamada “*la regla de la exclusión de la prueba ilícita*”, introducida por la STC de 29 de noviembre de 1.984⁴⁰, según la cual toda prueba obtenida con la vulneración de derechos fundamentales ha de ser necesariamente rechazada del proceso y no podrá tener ninguna validez. En este mismo sentido, la denominada “*teoría de los frutos del árbol envenenado*”⁴¹.

Esta línea argumental también fue consolidándose en nuestros tribunales⁴² y se materializó en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)⁴³, y que, por su indudable pertinencia en el asunto a tratar, ha de transcribirse su tenor literal: “*En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

Sin embargo, con el paso del tiempo, la teoría de la regla de la exclusión se vio matizada por la posterior jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo. La alarma social que se creó ante el elevado número de absoluciones producidas como consecuencia de la aplicación de esta doctrina, condujo a la limitación del alcance del art. 11.1 LOPJ.

⁴⁰ STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1984/114).

⁴¹ Doctrina legal acuñada en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1.920, caso *Silverthorne Lumber Co. Vs. United States*.

⁴² A modo de ejemplo, la STC (Sala Primera) núm. 85/1994, de 14 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1994/85), en la que se proclama la nulidad de unas escuchas autorizadas mediante una providencia, a la que siguieron una serie de prórrogas. Se señala en el F.J. 3º que “*la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos*”.

⁴³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *BOE*, 2 de julio de 1.985, núm. 157.

De hecho, si bien en un primer momento se optó por establecer un sistema ampliamente garantista y claramente defensor al máximo nivel de los derechos fundamentales de los justiciables, lo cierto es que en la actualidad dicha concepción se ha visto considerablemente mermada⁴⁴.

La jurisprudencia ha ido evolucionando hacia la construcción progresiva de excepciones a la exclusión de las pruebas ilícitas y, de este modo, se expondrán una serie de doctrinas asentadas que se pueden ver con frecuencia en la práctica forense.

Para comenzar, hemos de hablar de “*la prueba jurídicamente independiente*”. La defensa puede alegar que, como consecuencia de la declaración de la ilicitud de una primera prueba, el resto del acervo probatorio está indirectamente contaminado por aquélla. Pues bien, ante esto, la jurisprudencia exige que exista un nexo causal o fáctico entre la primera prueba declarada ilícita y el resto de pruebas. De otra forma, éstas podrán ser valoradas con independencia de los efectos que recaigan sobre la primera⁴⁵.

También podemos encontrarnos con la excepción del “*descubrimiento inevitable*”, según la cual la prueba se declara válida siempre que existan otros medios de prueba que hubieran desembocado en el mismo resultado⁴⁶. Parte de la doctrina ha criticado duramente esta línea jurisprudencial por considerar que no es compatible con la

⁴⁴ MUÑOZ CARRASCO, P.: “*Análisis del estado actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español*”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1, 2.019 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2018/14697).

⁴⁵ En este sentido, es especialmente relevante la STC (Sala Primera) núm. 86/1995, de 6 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1992/86), por haber sido precursora de esta teoría. En el caso de autos, se produjo una intervención telefónica sin la correspondiente autorización, tras lo cual se procedió a la detención del investigado. Una vez detenido, se produjo no sólo la declaración del investigado sin presencia letrada, sino que se autoinculpó. El TC denegó el amparo indicando que se produjo la misma declaración durante el juicio oral, habiendo sido instruido con anterioridad acerca de sus derechos. Esta confesión fue considerada independiente y, por consiguiente, lícita.

⁴⁶ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 423/2019, de 19 de septiembre (F.J 3º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2019/4157); núm. 974/1997, de 4 de julio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 1997/6008). En esta última, se acordó no sólo la intervención telefónica, sino también una medida de vigilancia y seguimiento sobre el investigado, con lo que la Sala concluyó que se hubieran obtenido los mismos resultados por cualquiera de los dos cauces.

presunción de inocencia, al basarse en un juicio de probabilidad, en meras conjeturas o hipótesis, es decir, en lo que pudo haber pasado pero no pasó⁴⁷.

Asimismo, resulta muy habitual en la práctica la “*confesión voluntaria del investigado*”, que simplemente abarca la confesión del encartado como consecuencia derivada de una medida de investigación ejecutada ilícitamente. El núcleo de la cuestión es si la confesión es una consecuencia directa de la medida, en cuyo caso la ilicitud de la diligencia de investigación abarcaría la confesión⁴⁸, o si se determina que la confesión se produciría con independencia de aquélla.

Para que la confesión pueda surtir efectos han de cumplirse una serie de requisitos establecidos por la jurisprudencia: 1) que la confesión se haya prestado voluntariamente, con las garantías constitucionales, esto es, con asistencia letrada, ante la autoridad judicial y tras haber sido informado de los derechos que le asisten; 2) que se trate de una confesión informada, es decir, que el investigado conozca previamente que la prueba obtenida puede potencialmente declararse ilícita y por tanto, nula, o incluso, si ya se ha declarado como tal, y aun así, decide confesar los hechos; 3) que dicha confesión sea ratificada en sede de juicio oral⁴⁹.

Ciertos sectores doctrinales consideran que a pesar de que se den los requisitos referidos, existen serias dudas acerca de la voluntariedad real de la confesión prestada en este tipo de casos. Existe, según ellos, un innegable “*efecto psicológico*” que la prueba ilícita irradia no sólo sobre el juez instructor o juzgador, según se trate, sino sobre el resto de partes en el proceso, incluido el Ministerio Fiscal, y que sin duda alguna supone una contaminación difícil de contrarrestar por mucho que el acusado decida no confesar. Es decir, en la mayoría de los casos la confesión se producirá no tanto por la voluntad real

⁴⁷ MIRANDA ESTRAMPES, M.: “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, Revista Catalana de Seguretat Pública, Mayo 2.010 (última consulta: 28 de enero de 2.020) Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194215/260389>.

⁴⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 623/2018, de 5 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2018/5612).

⁴⁹ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 2/2018, de 9 de enero (F.J.7º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2018/1701).

propia del autor, sino por ser la única posibilidad que le quede para poder defenderse en el proceso⁵⁰.

Muy importante, para concluir, es la llamada “*conexión de antijuricidad*”, doctrina que establece que, para que opere la prohibición de valoración de las pruebas reflejas o derivadas se precisa que concurra una vinculación o un nexo no sólo causal o natural entre la prueba ilícita y la derivada, sino que se exige también un vínculo o nexo de antijuricidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas⁵¹. Esta excepción, en realidad, se aplica implícitamente en todas las otras teorías anteriormente expuestas.

Parte de la doctrina considera que las consecuencias de esta excepción son extraordinariamente relevantes, dado que será el letrado defensor quien deberá demostrar el nexo de antijuricidad que una prueba con otra para que la última no pueda utilizarse en su contra como prueba de cargo. Sostienen estos autores que la teoría de la conexión de antijuricidad permite una suerte de *numerus apertus* de causas que justifiquen la no exclusión de la prueba refleja o potencialmente contaminada y que, por tanto, la introducción línea doctrinal reduce considerablemente la efectividad de la nulidad sobre la prueba refleja lo que, a efectos prácticos, implica toda una auténtica reformulación en la teoría de la regla de la exclusión inicialmente diseñada⁵².

En el voto particular a la STS de 4 de diciembre de 2013, el Ilmo. Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, reflexionó a este respecto, concluyendo que “*la llamada doctrina de la conexión de antijuricidad implica una reformulación del art. 11,1 LOPJ. Pues, en efecto, al enunciado que prescribe imperativamente: No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”, mediante ese imaginativo criterio de lectura, se le hace decir: “*Las*

⁵⁰ MUÑOZ CARRASCO, P.: “Análisis del estado actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español”, op. cit., p. 9.

⁵¹ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 423/2019 de 19 septiembre (F.J. 3º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2019\4157); núm. 491/2019 de 16 octubre (F.J. 4º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2019\4907); núm. 457/2019 de 8 octubre (F.J.1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2019\3894); núm. 651/2018, de 14 de diciembre (F.J.2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2018/5613).

⁵² MUÑOZ CARRASCO, P.: “Análisis del estado actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español”, op. cit., pp. 7 y 8.

pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, surtirán efecto, salvo que... ". De donde se sigue, como bien ilustra la práctica jurisprudencial, que la regla legal pasa a ser excepción jurisprudencial. Algo que según los cánones ordinarios de interpretación es rigurosamente inaceptable”⁵³.

Tal y como indican algunos autores, al juez se le obliga a desechar toda la información que aporta la prueba ilícita, pero lo cierto es que *“habrá visto lo que no tenía que haber visto o habrá oído lo que no tenía que haber oído, y ello, inconscientemente, puede causar efecto en el enjuiciamiento final de los hechos litigiosos”⁵⁴.*

También habremos de hacernos eco brevemente, pues es relevante en la práctica forense, de la doctrina asentada que vienen reiterando los tribunales acerca del acceso, sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, a la agenda del dispositivo telefónico.

El acceso de los agentes a esta información no se encuentra enmarcada en el derecho al secreto de las comunicaciones, sino únicamente al derecho a la intimidad⁵⁵. Se ha descartado la afectación al derecho del secreto de las comunicaciones debido a que no se obtiene acceso al contenido de la conversación, ni se procede a la identificación o localización de los intervinientes, únicamente se limitan los agentes a la comprobación de los números almacenados⁵⁶.

Sí caben determinadas actuaciones de las autoridades policiales sin autorización judicial, siempre que éstas constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas,

⁵³ STS núm. 499/2014, de 17 de junio (Voto Particular- Apdo. 5º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2014/5099); núm. 912/2013, de 4 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013/7913).

⁵⁴ PICÓ i JUNOY, J.: *“El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita”*, Iuris: Actualidad y práctica del derecho, 2.012, núm. 171, p. 36 (última consulta: 28 de enero de 2.020). Disponible en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/171Probatica.pdf>.

⁵⁵ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 493/2010, de 25 de abril (F.J.1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2010/4922); 1315/2009, de 18 de diciembre (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2010/2247); núm. 449/2006, de 17 de abril (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2006/3101).

⁵⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 1231/2003, de 25 de septiembre (J.F. 8º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2003/6376).

o cuando resulte justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto⁵⁷.

Así las cosas, en el caso de que se ocupe un dispositivo telefónico durante un registro policial, por ejemplo, para que los agentes puedan acceder al contenido de la agenda del dispositivo, han de recabar la oportuna autorización judicial, pues los datos de la agenda pueden no ser neutros ni escasamente relevantes y, en consecuencia, formarían parte de su perfil personal, reservado e íntimo, que no puede ser sacrificado sin las oportunas garantías constitucionales y, entre esas garantías, ha de asegurarse que la invasión policial directa tenga carácter excepcional⁵⁸.

Por otra parte, ha de hacerse hincapié en un aspecto de las escuchas telefónicas novedoso y que, en la práctica, puede cobrar gran transcendencia. Se trata del empleo del dispositivo telefónico como micrófono ambiental.

En algunos procedimientos ha sucedido que, en el contexto de una autorización de intervención telefónica, la autoridad policial ha utilizado este mecanismo, lo que ha llevado a la defensa del investigado a alegar que se trata de una injerencia no autorizada y que, además, conlleva la inviolabilidad del domicilio. Ante esta situación, la jurisprudencia ha señalado que *“cuando la llamada ha sido establecida y el móvil la recibe, antes de aceptarla el destinatario, el sistema comienza a grabar; es decir, la llamada, para la que existía acuerdo judicial de intervención y grabación, ya se había producido, con independencia de si el destinatario la acepta (...). La grabación de esos instantes, no se magnifica en su captación, sino que al igual que acontece al registrar conversaciones, los ruidos próximos o de ambiente del preciso lugar donde se encuentren los móviles conectados a través de la correspondiente llamada, restan grabados en un segundo plano con mayor o menor precisión”*⁵⁹.

⁵⁷ SSTC (Sala Primera) núm. 206/2007, de 24 de septiembre (F.J.6º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2007/206); núm. 70/2002, de 3 de abril (F.J.10º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2002/70).

⁵⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 204/2016, de 10 de marzo (F.J. 15º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2016/1114).

⁵⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 373/2016, de 3 de mayo F.J 1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2016/1722). En este mismo sentido, *vid.* SAP Barcelona (Sección 7ª) núm. 207/2019, de 4 de abril (F.J 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia ARP/2019/1308).

La Sala ya venía señalando que no es comprensible la denuncia sobre la potencialidad grabadora derivada del Sistema Integrado de Interceptación telefónica (en adelante, SITEL) en referencia a que el terminal telefónico capte cualquier conversación que, una vez activado, se produzca, no solamente a través de la línea telefónica sino en el ambiente en que se encuentra ubicado⁶⁰.

Para concluir este epígrafe, son de obligada mención las denominadas “*investigaciones predelictuales o prospectivas*”, que tanto las altas instancias judiciales del Estado como el TEDH han reiterado en numerosísimas ocasiones su prohibición, bajo pena de nulidad. Estas investigaciones de prospección implican la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia⁶¹.

Como conclusión podemos extraer la idea de que la regla de exclusión de la prueba ilícita se ha visto matizada con el paso de los años, a través de numerosas excepciones que ha ido introduciendo la jurisprudencia. En la actualidad, el criterio de la conexión de antijuricidad es el más seguro para poder determinar si una prueba derivada o refleja es nula. Además, han de tenerse siempre presentes los principios rectores y los requisitos exigidos para la resolución habilitante, explicados en el Capítulo Primero, para poder alegar ciertas cuestiones, como la nulidad del acceso a la agenda del dispositivo o la existencia de una investigación prospectiva.

2.2. HALLAZGOS CASUALES.

Uno de los problemas más habituales dentro del marco de la investigación en los procedimientos penales, son los denominados “*hallazgos casuales*”. Por “*hallazgo o*

⁶⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 592/2013, de 11 de junio (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013/7084).

⁶¹ Auto del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 1 de julio de 2014 (F.J.2º) (Aranzadi Westlaw, referencia JUR/2014/181231).

descubrimiento casual” debemos entender la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando⁶². Los hallazgos casuales son válidos⁶³, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial⁶⁴.

Para comenzar, habrá de diferenciarse entre dos situaciones, aquel descubrimiento de hechos diversos pero propios de la trama criminal que se está investigando, en la que no se produce una novación del tipo penal sino una adición o suma del mismo⁶⁵; o aquel hallazgo que no guarde conexión con los que traen causa en el procedimiento y que se estimará como mera *notitia criminis* y se deducirá testimonio, conforme a las reglas de territorialidad y reparto, para su posterior tramitación e investigación separada⁶⁶.

Han entendido las altas instancias judiciales del Estado que, en el marco de los hallazgos casuales, se produce una vulneración de derechos fundamentales (y, con ello, la nulidad de la actuación) cuando, infringiendo las reglas de reparto y conexidad, la acción judicial está dirigida a la búsqueda de un juez o tribunal concreto, diferente de aquél llamado previamente por la Ley para conocer del asunto⁶⁷.

⁶² ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: “*Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)*”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2, septiembre 2.011, (última consulta: 28 de enero de 2.020). Disponible en: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA21101.pdf> .

⁶³ Así lo ha avalado reiteradamente la jurisprudencia, entre muchas otras las SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 400/2017 de 1 de junio (F.J.2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017\3872); núm. 717/2016, de 27 de septiembre (F.J.14º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2016/4721); núm. 991/2016, de 12 de enero (F.J.2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/326); STC (Sala Primera) núm. 41/1998, de 24 de febrero (F.J. 33º) (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1998\41).

⁶⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 740/2012, de 10 de octubre (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012\9473).

⁶⁵ STS núm. 792/1997 (Sala de lo Penal) de 30 de mayo (F.J.1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 1997/4444).

⁶⁶ STS núm. 940/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 27 de septiembre (F.J.3º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012\9830).

⁶⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 158/2019, de 26 marzo (F.J. 1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ\2019\1798). Con respecto a la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley, *vid.* SSTS núm. 34/2019, de 30 de enero (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2019\258); núm. 265/2018, de 31 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2018\3937).

Además, en el marco del art. 579 bis LECrim, la jurisprudencia señala que tras la aparición de un posible hallazgo casual, las autoridades policiales han de dar cuenta inmediata al instructor para que éste decida si se extiende la investigación a este nuevo objeto procesal.

Resulta obligatoria la mención al Auto de 18 de junio de 1992⁶⁸, enmarcado en el denominado Caso Naseiro, en el que las fuerzas policiales solicitaron una intervención telefónica, que se les concedió, para la investigación de un delito de tráfico de drogas. Sin embargo, en el curso de esas escuchas telefónicas, se descubrió un posible delito de cohecho y, utilizando el contenido de las interceptaciones, se procedió a la detención y procesamiento de los investigados por este último delito. El TS entendió que la unidad policial debió dar traslado al juez de manera inmediata de los descubrimientos casuales que se produjeron para que el instructor, estudiase su propia competencia y la proporcionalidad de la medida, y de este modo, actuar en consecuencia. De otro modo, entendió la Sala, que se convirtió la autorización en una prospección del comportamiento genérico del investigado, se produjo una absoluta falta de control judicial llevando consigo, la ausencia del requisito de proporcionalidad⁶⁹.

Por otra parte, desde que las autoridades alertan al juez de la aparición de un descubrimiento causal, en el lapso temporal en que el instructor está evaluando la situación, pueden aparecer nuevos datos en las escuchas. En este caso, es necesario saber que la jurisprudencia mayor avala estas conversaciones intermedias, pues estaban amparadas por autorización judicial. Y, desde luego, no se admite en este caso la aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, que conllevaría la ilegalidad de las posteriores conversaciones producidas cuando ya se había oficializado la investigación por la nueva infracción incoándose un nuevo procedimiento *ad hoc*⁷⁰.

⁶⁸ Auto del TS (Sala de lo Penal) de 18 de junio de 1992 (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 1992/6102).

⁶⁹ ARNAIZ SERRANO, A.: “Prueba de cargo y presunción de inocencia”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, Parte de Análisis doctrinal y cuestiones procesales, núm. 50, 2.018 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2018\9402).

⁷⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 747/2017, de 21 de noviembre (F.J. 6º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/5627).

Nos centraremos ahora en las cuestiones procesales que pueden presentarse en torno a la problemática que surge cuando en la deducción de testimonio que da lugar a la incoación de un nuevo procedimiento no se incluye la inicial petición policial de las primeras intervenciones, ni la resolución judicial que las ordenó, ni las subsiguientes peticiones y resoluciones, quedando éstas fuera del conocimiento del órgano sentenciador.

Si nos encontrásemos en la posición de la defensa, se podría forzar una nulidad del auto de intervención y, por consiguiente, de las ulteriores pruebas derivadas de éste, argumentando que no puede darse por supuesta la existencia de la autorización judicial o la legitimidad de ésta únicamente con la sola transcripción de las escuchas, pues se estaría impidiendo la verificación de los requisitos exigibles de validez en la intervención de las comunicaciones del procedimiento del que trae causa el actual.

También cabe plantearse la cuestión de si podemos instar al Tribunal a revisar la legalidad y sujeción a las normas del auto originario que suministró la información que dio lugar a la causa. Una nueva causa penal no es el cauce idóneo para que el Tribunal encargado de juzgar los hechos de la misma pueda examinar la regularidad de las injerencias o intromisiones constitucionales ordenadas en otro proceso, pronunciándose sobre su legalidad o irregularidad, ello sin más podría dar lugar a pronunciamientos contradictorios sobre la injerencia en concreto examinada, otorgándose validez en un proceso y declarándose su nulidad en otro, lo que motivaría una inseguridad jurídica difícil de asumir por los afectados por esas resoluciones opuestas⁷¹.

Así pues, cuando se incoa un nuevo procedimiento que trae causa en uno anterior y se deriva de una intromisión de este rango, las partes han de solicitar la deducción de testimonio de particulares que incluya tanto el auto inicial, como las subsiguientes prórrogas, para así acreditar la legitimidad de la injerencia.

⁷¹ MUÑOZ CUESTA, F.J.: “Validez de auto de intervención telefónica dictado en un proceso desgajado de otro sin que se aporten en el nuevo el informe policial y el auto de escuchas telefónicas del que se obtuvo la información que motiva la segunda causa”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 4, 2.009 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2009/661).

Cuestión que ha sido tratada en el Acuerdo del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2.009 y que ha sido interpretado posteriormente en diferentes sentencias, como la STS de 26 de septiembre de 2.016⁷² de la que se extraen las siguientes conclusiones: 1) no existen nulidades presuntas; 2) la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de la condena, incumbe a la parte acusadora; 3) si la defensa del encartado opta por el silencio y no alega la ilicitud de la prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias.

Si nos encontrásemos en la situación de que ninguna de las partes hubiese solicitado la deducción de testimonio, podría ocurrir que fuese el propio Tribunal el que solicite dichos testimonios, no suponiendo una ruptura del principio de imparcialidad al no implicar una aportación de prueba nueva, sino una mera comprobación de hechos ya alegados para alcanzar las garantías de certeza exigidas⁷³.

Podría invocarse, actuando como parte acusadora y pretendiendo la legitimidad de la intervención telefónica, con un argumento ciertamente arriesgado, que si el Tribunal no hace uso de esta posibilidad es debido a que implícitamente otorga validez al auto que da lugar a la formación del segundo procedimiento y, por ello, no podría posteriormente acordar la nulidad de la mencionada resolución, pues de hacerlo iría contra sus propios actos.

Por último, habrá de mencionarse en este apartado el problema que puede surgir con relación a las medidas de aseguramiento llevadas a cabo en el primer proceso.

Por una parte, puede resultar inquietante que se permita la conservación de una copia de los datos intervenidos, sin más cautelas que la puesta de dichos datos bajo custodia del Secretario Judicial, atendiendo al plazo que indica la norma. Se guarda silencio acerca de las precauciones que se han de adoptar para evitar la ruptura de la cadena de custodia y las filtraciones de información, y tampoco se establecen parámetros

⁷² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 714/2016, de 26 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2016\4720).

⁷³ SSTC núm. 188/2000, de 10 de julio (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2000/188) y núm. 229/2003 (Pleno) 18 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2003/229).

que regulen mínimamente la conservación de los referidos datos más allá del período establecido, quedando esta decisión a criterio judicial⁷⁴.

Choca este vacío legal con lo señalado en el Capítulo anterior, al respecto de la exigencia del TEDH acerca del necesario control de los ciudadanos y el ejercicio de la auto tutela de sus derechos, reivindicando el tribunal la necesidad de tasación de las situaciones en que la información debe destruirse o conservarse, siempre con el conocimiento de la persona afectada.

Sin embargo, si la información del centro de recepción es destruida, se impide la posibilidad de cotejar la información almacenada bajo custodia del Secretario Judicial con la originaria, pudiéndose ver interrumpida la cadena de custodia de los datos intervenidos, en relación con la utilización de la información interceptada para un proceso ulterior distinto, pudiendo alegar en este supuesto una vulneración del principio de contradicción de la prueba.

Por lo tanto, podemos observar que la aparición de hallazgos casuales en el curso de una investigación puede acarrear problemáticas muy complejas, debiendo seguirse escrupulosamente los principios rectores y la doctrina jurisprudencial elaborada al respecto pues, en caso contrario, cabría la posibilidad de la nulidad, no sólo de una prueba concreta, sino de todo un procedimiento.

⁷⁴ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: *“El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal. Adaptado a la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*, Madrid: Editorial Sepín, 2016, p. 206.

CAPÍTULO III: SITEL (SISTEMA INTEGRADO DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA).

3.1. ASPECTOS TÉCNICOS.

El Sistema Integrado de Interceptación Telefónica es la herramienta utilizada por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (en adelante, FFCCSE) para las eventuales necesidades de interceptación legal de las comunicaciones, de acuerdo con los estándares ETSI (European Telecommunications Standards Institute).

Para poder comprender adecuadamente el funcionamiento de SITEL habrá de abordarse necesariamente una pequeña introducción relativa a sus aspectos técnicos.

Para empezar, la Policía Judicial habrá de contactar con la red de operadores de telecomunicación de que se trate para liberar la línea objeto de intervención, liberada la línea se procesarán todos los datos relativos a la intervención concreta. En la actualidad, SITEL no sólo se limita a la escucha y grabación de las conversaciones, como los anteriores medios de interceptación de comunicaciones, sino que también aporta otra información⁷⁵: fecha, hora y duración de llamada; identificador de IMEI/IMSI⁷⁶ y número de móvil afectado por la intervención; distribución de la llamada por día; tipo de información contenida (SMS, carpeta de audio, etc.); IMEIS correspondientes a los teléfonos intervinientes; identidad del titular de los teléfonos que interactúan aunque sean secretos; investigación de la IP; investigación del correo electrónico; acceso a otros datos de comunicaciones conservados por las operadoras, enumerados en el art. 3 Ley 25/2007,

⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN) (Sala de lo Penal, Sección 2ª) núm. 43/2012, de 30 de octubre (F.J.2º) (Aranzadi Westlaw, referencia JUR 2013/104562).

⁷⁶ El término IMSI (International Mobile Subscriber Identity), como el similar IMEI (International Mobile Equipment Identity) designan un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS, el cual está formado por el código del país concernido -que se compone de tres dígitos-, el código de la red móvil- compuesto de dos dígitos-, y un número de diez dígitos que contiene la identificación de la estación móvil, pero que no contiene el número concreto del teléfono del abonado. Tanto el IMEI como el IMSI carecen de capacidad de información sobre la identidad del usuario, teniendo valor probatorio únicamente si se asocia a otros datos en poder de las operadoras.

de 18 de octubre , de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas ya las redes públicas de comunicaciones; otras vías de comunicación a través de Internet (chats, foros, etc.)⁷⁷.

Puede suceder que la identificación del terminal no resulte accesible para las autoridades policiales y éstas tengan que valerse de *artificios técnicos* para acceder a los códigos IMSI o IMEI, y una vez obtenidos, ya procederán a recabar la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones, en la que se especificará cuáles han sido esos *artificios técnicos* utilizados. La jurisprudencia ha admitido la captación de tales códigos sin necesidad de autorización judicial⁷⁸, a través el uso de los simuladores conocidos como “Cell Site Simulators”, que rastrear los códigos emitidos por los terminales en la búsqueda de cobertura⁷⁹.

No existe en España regulación específica relativa a las medidas de vigilancia electrónica a tiempo real para la captación de información relativa a comunicaciones electrónicas sin incluir el contenido de las mismas, a diferencia de otros países, como Estados Unidos. En este país, por ejemplo, se ha regulado el uso de estos simuladores, que no sólo captan el código IMSI o IMEI, sino que pueden llegar a identificar el número de teléfono del dispositivo, número de teléfono de llamadas entrantes, entre otros, llegando incluso a poder interceptar el contenido de las conversaciones, por lo que se exige que estén configurados para deshabilitar esta función⁸⁰. Tras lo expuesto, observamos de nuevo la desidia legislativa española frente a cuestiones de relevancia.

A los datos obtenidos se anexará el contenido *per se* de la comunicación, esto es, archivos de audio, mensajes de texto, etc.

⁷⁷ VIDAL MARÍN, T.; RUIZ DORADO, M.: “Análisis de la constitucionalidad del SITEL. Breves consideraciones a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 9, 2016 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2016/4915).

⁷⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 249/2008, de 20 de mayo (F.J. 4º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2008/4387).

⁷⁹ GIMENO BEVIÁ, J.: “Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 40, 2.015 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2015/16375).

⁸⁰ ORTIZ PRADILLO, J.C.: “«Hacking» legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, parte Doctrina, núm. 26, 2011 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2011/1286).

Si se trata de mensajes de correo electrónicos, éstos se derivan a una bandeja electrónica creada por los agentes policiales encargados de la ejecución de la medida⁸¹.

Una vez ha sido autorizada la intervención, la operadora envía la información al servidor central (SITEL), donde se almacena y se recoge en archivo con firma electrónica. Posteriormente, el personal de la investigación accede al servidor (utilizando código de identificación de usuario y clave personal), vuelca los datos en DVD y elabora un informe que se entrega al Juez competente⁸².

El propio TS ha sido el que, haciendo una función pedagógica, ha ido destacando las propiedades y funcionamiento del SITEL, tal y como prueba su Sentencia de 13 de marzo de 2.009⁸³, en la que se describen los tres principios de actuación en que se articula el sistema:

Por una parte, el principio de centralización. Este principio viene referido a la ubicación física del servidor y administrador central del sistema, situado en la sede central de la Dirección General de la Guardia Civil⁸⁴. Desde este punto, distribuye la información que ha sido suministrada por las operadoras.

Además, ha de tenerse en cuenta el principio de seguridad. El sistema ha establecido filtros de seguridad, que orbitan en torno a dos ámbitos, el nivel central y el nivel periférico.

En cuanto al nivel central, éste se refiere al ordenador central del sistema, desde donde se distribuye la información a los puntos de acceso periférico de forma estanca. Este ordenador central, que cuenta con amplias garantías de seguridad, es el que almacena la información recibida de las operadoras.

⁸¹ SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: “*Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*”, op. cit, p. 59.

⁸² DELGADO MARTÍN, J.: “*Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*”, Madrid: Wolters Kluwer La Ley, 2ª Edición actualizada, noviembre 2.018, p. 435.

⁸³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 250/2009, de 13 de marzo (F.J. 1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2009\2821).

⁸⁴ Actualmente, la plataforma informática contiene dos centrales de monitorización situadas en la Dirección General de la Guardia Civil y de la Policía Nacional.

Nos encontramos, asimismo, ante el nivel periférico, compuesto de los ordenadores de los grupos periféricos de enlace en las unidades encargadas de la investigación, solicitantes directos de la injerencia. Estos ordenadores poseen un sistema de conexión con el ordenador central. Para el acceso al contenido de estos ordenadores, se ha establecido un sistema de codificación de acceso por usuario autorizado y clave personal, siendo imprescindible que el sujeto autorizado pertenezca a la unidad investigadora y quedando siempre huella de los accesos al sistema que se producen.

Por último, nos encontramos con el principio de automatización. Este principio alude a las mejoras llevadas a cabo por SITEL en relación al sistema antiguo de escuchas, tanto a nivel técnico, como a niveles de seguridad. Además, en comparación, se reduce sustancialmente el coste y espacio de almacenamiento.

Como podemos observar, nos encontramos ante un mecanismo con una buena organización, que se construye en base a los principios de centralización, seguridad y automatización, y que ha de contar necesariamente con la colaboración diligente entre las operadoras de telecomunicaciones, las FFCCSE y la autoridad judicial.

3.2. ASPECTOS JURÍDICOS.

La validez de SITEL ha sido avalada por nuestro TS en reiteradas ocasiones, como ejemplo sirven las SSTS de 30 de diciembre de 2.009⁸⁵, 12 de abril de 2.010⁸⁶, 4 de julio de 2.012⁸⁷, 8 de junio de 2.016⁸⁸ y SAN de 20 de junio de 2.019⁸⁹, y cuyo contenido

⁸⁵ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1215/2009, de 30 de diciembre (F.J. 1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2010/435).

⁸⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 327/2010, de 12 de abril (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2010/5796).

⁸⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 544/2012, de 4 de julio (F.J. 1º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/8208).

⁸⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 492/2016, de 8 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2016/6699).

⁸⁹ SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 19/2019, de 20 de junio (F.J.2º) (Aranzadi Westlaw, referencia ARP 2019/1443).

establece la línea jurisprudencial que ampara la legalidad, fiabilidad y seguridad del sistema.

Con respecto a la STS de 30 de diciembre de 2.009, es de obligatoria mención el voto particular formulado por los Excmos. Magistrados Manuel Marchena Gómez y José Manuel Maza Martín, en el que analizan la posibilidad de cuestionar la autenticidad del DVD en el que se vuelcan los datos obtenidos a través de SITEL.

En éste, los magistrados aducen que *“los DVDs aportados a un proceso penal por agentes de policía no pueden aspirar a un régimen privilegiado frente a la autenticidad afirmable de esos mismos soportes electrónicos cuando tienen distinto origen”*.

Se indica que no se puede avalar el funcionamiento del SITEL dado que no lleva su vocación integradora hasta sus últimas consecuencias, pues se olvida de integrar a los órganos jurisdiccionales en el esquema que define su funcionamiento. El problema estriba en el sistema de controles y garantías, que se diluye cuando los agentes vuelcan en el DVD las conversaciones que estiman relevantes y las presentan en el Juzgado, a través de comparecencia personal.

Entienden los Magistrados que los DVDs han de someterse a dos niveles de autenticidad, que se exponen a continuación:

“Primero, el que garantiza que, una vez grabada la conversación en el terminal custodiado por los agentes de policía, el fichero así generado no ha sido abierto con posterioridad y, en consecuencia, no ha sido expuesto a ningún tipo de modificación. El Tribunal que ha de valorar esa fuente probatoria ha de tener asegurado, en el plano tecnológico, que no se han suprimido fragmentos relevantes para conocer el alcance de los hechos o que no han sido excluidas conversaciones que el agente responsable considera intrascendentes jurídicamente y que, sin embargo, pueden no serlo. En definitiva, resulta indispensable que el sistema garantice que después de cada conversación interceptada por los agentes facultados se procede al sellado tecnológico del archivo de sonido, con el fin de salvaguardar su integridad, excluyendo cualquier riesgo de manipulación.

Pero no basta con la garantía de que los archivos custodiados en el terminal central no han sido abiertos y, en consecuencia, expuestos a su alteración. Conviene tener presente que la fuente de prueba ofrecida por los agentes de policía a la valoración del Tribunal está integrada, no por los ordenadores centrales, sino por las copias incorporadas a uno o varios DVDs. Se impone, en consecuencia, un segundo nivel de exigencia, que ahora afecta al soporte en el que se incorpora la copia de los archivos originales. De ahí que resulte indispensable que, inmediatamente después de efectuado el proceso de grabación, se active una certificación que garantice: a) que desde el momento en que culminó el proceso de transferencia de archivos hasta su recepción por el Juzgado, ese DVD no ha sido abierto; b) que, en consecuencia, no ha existido riesgo de manipulación; y c) que quien garantiza la integridad del documento es el funcionario responsable del tratamiento y, por tanto, el único con capacidad de autenticación”.

Finalizan los magistrados exponiendo su preocupación acerca de que “no es que los niveles de seguridad se relajen. El problema estriba en que no existen. Ni pocos ni muchos, absolutamente ninguno. No hay interfaz que permita el envío de esos documentos al Juzgado de instrucción por vía telemática y mediante canal seguro. La secuencia grabación-copia-incorporación al proceso se culmina con una simple comparecencia personal, sin filtro alguno que garantice la integridad y autenticidad de los soportes”.

En este sentido, en la Circular 1/2013 de la Fiscalía⁹⁰ y, posteriormente, en el preámbulo de la LO 13/2015 y, se recoge la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica que garantiza la información volcada desde el sistema central, con el fin de asegurar la autenticidad e integridad de los soportes puestos a disposición del juez⁹¹.

Esta previsión, sin embargo, resultará únicamente aplicable en aquellos supuestos en los que las comunicaciones resulten grabadas en un ordenador central, aportándose al

⁹⁰ Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. *BOE*, 11 de enero de 2013.

⁹¹ En este mismo sentido, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 554/2012, de 4 de julio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012\8208).

proceso copia de las mismas. Este será el caso más frecuente (SITEL, SILTREC, SIBORG, etc)⁹².

En esta línea la STS 19 de Abril de 2.017⁹³, en la que se ponía en duda la autenticidad e integridad de los soportes en los que se aportaban las conversaciones intervenidas a la causa, se determinaba que dichos soportes carecen de importancia, ya que las grabaciones efectuadas por el sistema SITEL están desprovistas de soporte original, siendo registradas en el ordenador central del que se extraen las sucesivas copias. De esto se deduce que no será importante donde se vuelcan los datos sino las garantías de sellado que acompañan a los soportes. En este mismo sentido, STS de 18 de mayo de 2.017⁹⁴.

A mayor abundamiento, los expertos en esta materia coinciden en afirmar que la autenticidad de un archivo debería verificarse en el contexto en que se creó, es decir, en el equipo que lo generó, ya que generalmente, en el mundo digital, un dato original es casi indistinguible de una copia. Con el sistema SITEL, este aspecto puede resultar un problema, ya que en la mayoría de los casos la verificación se realiza sobre el soporte en que fue almacenado el archivo, no el sistema que realmente lo generó, esto es, SITEL⁹⁵.

En contraposición a todo ello, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) realizó una inspección al sistema, que concluyó en un informe de fecha 19 de enero de 2.020, en el que se corrobora que las FFCCSE no pueden introducir ningún tipo de datos en el sistema hasta que la operadora active el desvío de datos, lo que no sucederá hasta que el instructor remita la autorización correspondiente, que será revisada por el departamento jurídico de la operadora.

En cuanto a las medidas de seguridad, la AEPD analiza dos aspectos, relativos al acceso al sistema por usuarios autorizados y la seguridad en el transporte de los sistemas

⁹² Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. *BOE*, núm. 70, viernes 22 de marzo de 2.019, páginas 30.091 a 30.120.

⁹³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 279/2017, de 19 de abril (F.J. 8º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/2675).

⁹⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 358/2017, de 18 de mayo (F.J. 4º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/2705).

⁹⁵ BERNING PRIETO, A.D.: “*La intervención de las comunicaciones electrónicas*”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, 2.012 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2012/939).

físicos digitales (conocido como “*cadena de custodia de la información*”), y concluye que en ambos casos el nivel de seguridad es alto.

Sin embargo, a la vista de las deficiencias señaladas *ut supra*, consideramos que todavía no existe un sistema con las suficientes garantías en este ámbito. El legislador, como ya se ha señalado, se encuentra todavía alejado de la realidad tecnológica y debería estudiarse la posibilidad de un canal que permita el envío automático de las grabaciones desde el sistema central al Juzgado, tras el sellado de las mismas que incluya una certificación de que éstas no han sido abiertas, para que no cupiese ninguna duda acerca de la autenticidad e integridad de las grabaciones⁹⁶.

Existe otra particularidad de la que habremos de hacernos eco, pues, habiendo sido expuesta la cantidad de datos a los que la autoridad policial tiene acceso a través de SITEL, cabe preguntarse si es pertinente hacer un volcado automático de todos ellos o si, por el contrario, esto supondría una vulneración de derechos del investigado, conllevando la nulidad de, al menos, parte del auto habilitante de interceptación de las comunicaciones.

Así lo expuso el Excmo. Magistrado del TS Manuel Marchena Gómez, de manera clarificadora, en su voto particular a la STS núm. 316/2011 de 6 de abril⁹⁷, en la que expone que, bajo su criterio, “*la investigación penal de un delito grave no tiene por qué conllevar, siempre y en todo caso, la máxima intensidad en el sacrificio de los derechos fundamentales que convergen en el momento de cualquier comunicación telefónica*”.

Indica el magistrado que el instructor debe indicar y fundamentar el alcance y límite de la injerencia, pudiendo, por ejemplo, autorizar el acceso a las conversaciones en sentido estricto y no autorizar el volcado de otro tipo de información, como los datos de ubicación o el acceso al buzón de voz.

⁹⁶ Con respecto a este particular, la Sala de lo Penal del TS ha reiterado la fiabilidad técnica de SITEL, por su indudable aumento en la seguridad en contraposición al sistema tradicional. *Vid.* SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 573/2012, de 28 de junio (F.J. 2º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/8205); núm. 410/2012, de 17 de mayo (F.J. 6º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/10146); núm. 1078/2009, de 5 de noviembre (F.J. 8º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2009/5690).

⁹⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 316/2011, de 6 de abril (Voto Particular, apartado 3º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2011/3339).

De este modo, el voto particular concluye que *“admitir que, autorizada judicialmente la intervención de las conversaciones telefónicas, todas las formas de comunicación posibles e imaginables por este medio no serían sino aspectos accesorios, secundarios y, como tales, sacrificables implícitamente o sin necesidad de motivación explicativa acerca de su necesidad y proporcionalidad, nos situaría en una concepción francamente restrictiva en materia de derechos fundamentales”*.

Habría de entenderse que la voluntad del legislador en la modificación llevada a cabo en el año 2.015, en este sentido, es que el Juez determine y precise en cada caso concreto el alcance de la interceptación⁹⁸. Debería haberse finalizado, con esta reforma, la práctica generalizada llevada a cabo hasta entonces consistente en incluir de manera sistemática, en las resoluciones habilitantes, todos los datos de tráfico o asociados que pudiesen ser aportados por las compañías telefónicas sin fundamentación alguna. De cualquier otro modo cabría la nulidad respecto, al menos en parte, de la resolución habilitante de la intervención por existir una clara vulneración de la limitación de derechos fundamentales.

En el informe de la AEPD, del que nos hacíamos eco anteriormente, se analiza este particular, concluyendo que la autoridad policial no tendrá acceso a todos los datos de los que puede disponer la operadora, sino que tiene limitado el acceso, pudiendo disponer únicamente de la información que ha sido autorizada por la autoridad judicial.

Ha de hacerse en este apartado una breve pero necesaria mención a la STEDH en el caso Roman Zakharov contra Rusia de 4 de diciembre de 2.015⁹⁹, accesoria a la línea argumental expuesta.

En ella, el TEDH hace un análisis acerca del sistema jurídico ruso en relación con la regulación relativa a los instrumentos de interceptación de las comunicaciones. Se

⁹⁸ Lo prescribe el art. 588 ter b. al precisar que el ámbito objetivo de la interceptación de las comunicaciones puede extenderse al contenido de la comunicación en sí y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, a los que añade los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación.

⁹⁹ STEDH (Gran Sala) caso Roman Zakharov contra Rusia, de 4 diciembre de 2015 (Aranzadi Westlaw, referencia JUR 2015\292490).

enjuicia todo un sistema, no una injerencia individual y concreta, a través de una interpretación amplia del art. 34 del CEDH.

La STEDH a las que nos referimos hace hincapié en que las autorizaciones judiciales no suponen en sí mismas una garantía suficiente contra los abusos y el uso arbitrario del control secreto de las comunicaciones, al no poder garantizar que el uso de los medios de vigilancia se ejerce únicamente “*cuando es necesario en una sociedad democrática*”. Establece la necesidad de garantizar un auténtico control efectivo de las intervenciones, tanto judicial como de los ciudadanos, en el ejercicio de la auto tutela de sus derechos. Y no solo en un momento puntual, sino que debe extenderse a lo largo de todo el proceso puesto que deben tasarse las circunstancias y condiciones en las que se almacenarán y/o destruirán los datos interceptados¹⁰⁰.

Ante esta sentencia se erige la evidencia del nulo conocimiento y control que tienen los ciudadanos acerca de los pormenores de los sistemas SITEL, SILC DARS o del Evident X-Stream, mecanismos posteriormente adquiridos por el Gobierno para los mismos fines, que suponen un adelanto técnico con respecto al SITEL en la interceptación de comunicaciones mantenidas a través de aplicaciones de mensajería instantánea.

En términos de derecho comparado, los países de la UE tienen sistemas similares al SITEL. En el caso de Reino Unido cuenta con un sistema de regulación de interceptación de las comunicaciones adaptado a los últimos avances tecnológicos, la conocida como Regulation Investigatory Powers Act 2000 (RIPA), cuyas características técnicas y garantías fueron avaladas por el TEDH en el año 2.010¹⁰¹, aunque recientemente el mismo Tribunal ha entendido que esta regulación viola los derechos consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁰², resolución que se produjo a raíz del escándalo de prácticas que incluían la recolección masiva de

¹⁰⁰ EIRENE DE PRADA, I.: “*Privacidad en la era digital: el caso Zakharov*”, Blog Rights International Spain. Entrada 09 diciembre 2.015 (última consulta: 28 de enero de 2.020) Disponible en: <http://www.rightsinternationalspain.org/en/blog/92/privacidad-en-la-era-digital:-el-caso-zakharov> .

¹⁰¹ STEDH (Sección 4ª) caso Kennedy contra Reino Unido, de 18 de mayo de 2.010 (Aranzadi Westlaw, referencia JUR/2010/160590).

¹⁰² STEDH (Sección 1ª) caso B.B.W. y otros contra Reino Unido, de 13 de septiembre de 2.018 (Aranzadi Westlaw, referencia JUR/2018/239792).

información de comunicaciones privadas a través de internet, sin importar la inexistencia de sospechas ni el carácter indiscriminado de la recolección.

Como podemos observar, SITEL ha sido avalado por la jurisprudencia de manera prácticamente unánime. Sí es cierto que ciertos magistrados han encontrado vulnerabilidades en el sistema, que el legislador ha intentado paliar posteriormente, sin embargo, consideramos que todavía existen deficiencias, tal y como se ha dejado reseñado *ut supra*. Por otro lado, en relación a lo expuesto por el TEDH, ha de indicarse que, pese a la gran labor pedagógica realizada por nuestros tribunales, señalada en el epígrafe anterior, no consideramos que los ciudadanos tengan la suficiente información al respecto de este tipo de sistemas.

3.3. APLICACIONES DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA.

La tecnología avanza a pasos vertiginosos y la realidad de las comunicaciones ha variado de manera considerable. Hoy en día, las aplicaciones de mensajería instantánea, y en concreto WhatsApp o Telegram, se han convertido en un fenómeno mundial. Se calcula que sólo WhatsApp tiene más de un billón de usuarios diarios y es por ello que resulta imprescindible referirnos a la posibilidad de acceso a la información que se intercambia en estas aplicaciones.

En el caso de WhatsApp nos encontramos con el denominado “*cifrado de extremo a extremo*”, por el que cualquier dato que un usuario envíe a otro (bien sean mensajes, fotos, archivos de audio, vídeos, etc.) será encriptado y únicamente se descifrá al llegar a su destinatario. Las claves de cifrado de WhatsApp no se guardan en servidores centrales, sino que se almacenan en los distintos dispositivos de cada usuario. Para ello se emplea el denominado *TextSecure*, que se encarga de que para cada mensaje se genere una clave de cifrado nueva y distinta.

La consecuencia de todo ello es que la intervención no podrá referirse a conversaciones que ya han tenido lugar porque el contenido no queda almacenado en el servidor del administrador de la aplicación. De esta manera, la autoridad judicial no podrá

solicitar a la empresa prestadora del servicio de mensajería instantánea que certifique el contenido de determinados mensajes que fueron enviados y recibidos; sino que su acreditación ha de partir de los dispositivos electrónicos usados durante la conversación¹⁰³.

La dificultad de interceptación de este tipo de comunicaciones se evidencia, máxime teniendo en cuenta que WhatsApp no ha facilitado las claves del sistema de seguridad y que, cada vez que la aplicación sufre una actualización, se introducen nuevos mecanismos y protocolos de protección. Así, empresas como Google, Apple o la propia Whatsapp se han negado a la petición de países como Reino Unido o Alemania ante la petición de la apertura de las llamadas “*puertas traseras*”, a través de las que podrían tener acceso al contenido de las conversaciones.

En este contexto cabe resaltar el informe de la ONU del año 2.015, realizado por David Kaye, relator especial designado por el Consejo de Derechos Humanos como experto independiente en el que se defendían los cifrados de extremo a extremo y el anonimato como garantes de la libertad de expresión.

El SITEL se ha quedado notablemente obsoleto en cuanto al acceso a las aplicaciones de mensajería instantánea, debido al cifrado de mensajes al que nos referimos. Con la llegada del Evident X-Stream, nuevo sistema adquirido por el Gobierno para la interceptación de comunicaciones al que nos hemos referido anteriormente, tampoco se ha solucionado el particular.

Acerca de este nuevo sistema no se conoce mucho pero sí que es capaz de recopilar llamadas, SMS, conversaciones de chat, historial de navegación, emails, llamadas a través de VoIP, archivos descargados, etc. Además, aplica técnicas de Deep Packet Inspection, que categoriza el tráfico, recomponiéndolo paquete a paquete hasta obtener información que pudiera ser tratada por un equipo de analistas.

¹⁰³ DELGADO MARTÍN, J.: “*Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*”, op. cit., p. 201.

Sin embargo, aquella comunicación cifrada por la red no puede romperse. De este modo, las comunicaciones realizadas por HTTPS en la red, los mensajes de chat o las llamadas VoIP cifradas en las aplicaciones de mensajería no pueden ser intervenidas.

Abundando en este asunto, aplicaciones como Telegram, han realizado avances para que los propios particulares sepan si sus llamadas están siendo interceptadas. Así, en el curso de una llamada de Telegram a cada interlocutor deben aparecerle cuatro emoticonos en la pantalla de su dispositivo, que han de coincidir necesariamente con los cuatro que le aparecerán al otro interlocutor. De este modo, la propia aplicación le indica al usuario que se trata de una llamada segura.

A este respecto, la Comisaria de Justicia de la Unión Europea en el año 2017, Vera Jourová, estudió incorporar una serie de medidas para permitir que las autoridades pudieran leer los mensajes cifrados de las aplicaciones de mensajería instantánea con el fin de “*garantizar la seguridad de los europeos*”. Se preveía que esas medidas confluyeran con el Reglamento General de Protección de Datos, sin embargo, no parece que estas medidas se hayan finalmente aprobado, a tenor de la información de la que disponemos.

El panorama, en la actualidad, no parece demasiado halagüeño para los Gobiernos que pretenden acceder a este tipo de información, pues todavía no han conseguido acceder con éxito a este tipo de mensajería y, mientras tanto, la sociedad ya se prepara para recibir la tecnología 5G, que supondrá la próxima revolución en esta materia, a decir de los expertos.

CAPÍTULO IV: INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE: ¿INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO DE DEFENSA?

Para el desarrollo de este tema resulta obligado el estudio del Auto del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2.019¹⁰⁴, no sólo por ser reciente, sino por los argumentos que en él se esgrimen.

Este Auto inadmite a trámite la querrela interpuesta contra un magistrado y un Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) de la Audiencia Nacional (en adelante, AN) por delitos de prevaricación judicial, interceptación ilegal de las comunicaciones, retardo malicioso de la Administración de Justicia y falsedad e infidelidad en la custodia de documentos.

Es obvio que cuando se intervienen las comunicaciones de un acusado puede darse la situación de que se intercepten coyunturalmente conversaciones de éste con su letrado, tal y como se expone en la reciente STS de 12 de septiembre de 2019¹⁰⁵, debido todo ello al sistema SITEL que, a modo de pesca de arrastre¹⁰⁶, capta todas las conversaciones que reciba o envíe el teléfono intervenido.

En cuanto a la posibilidad de que se capten estas conversaciones y su tratamiento normativo, es obligada la mención al artículo 24 CE, que garantiza, entre otras cosas, el derecho de defensa.

También se impone la mención al artículo 118.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre¹⁰⁷, al haber

¹⁰⁴ Auto del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 6 de febrero de 2.019 (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2019/640).

¹⁰⁵ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 402/2019, de 12 de Septiembre (F.J. 3º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2019/4158).

¹⁰⁶ Este “*sistema de arrastre*” ya se mencionaba en las SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 926/2012, de 27 de noviembre (F.J.5º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013\49) y núm. 419/2013, de 14 de mayo (F.J. 4º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013\3727).

¹⁰⁷ 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. *BOE*, 6 de octubre de 2.015, núm. 239, páginas 90.192 a 90.219.

transpuesto en su Disposición Final Tercera la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013¹⁰⁸.

Se expone a continuación el tenor literal del mencionado artículo 118.4 de la LECrim:

“Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial.

Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.

Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria”.

Además de este precepto, habrá de recordarse el devaluado artículo 11.1 de la LOPJ, expuesto en el Capítulo anterior.

Se abordarán a continuación los fundamentos de la querrela interpuesta para, posteriormente, exponer y analizar los motivos esgrimidos por el Alto Tribunal para decretar su inadmisión.

Se denuncia que pese a tener constancia de que el investigado hablaba habitualmente con su letrado a través de la línea telefónica intervenida, no sólo no se cesó la intervención y no se ordenó la destrucción inmediata de las grabaciones en cuestión, sino que incluso se ordenó la prórroga de las escuchas y se ordenó la interceptación de las comunicaciones de otra línea telefónica a mayores.

¹⁰⁸ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

Ante dicho argumento, aducen los magistrados que carece de apoyo normativo la pretensión de que han de ser desactivadas las escuchas y destruidas las conversaciones desde el momento en que se constata por el instructor que existen comunicaciones entre el investigado y su letrado. Indican que no existe proscripción constitucional o legal que sirva de base para amparar dicha acción, indicando que “*no existe un reconocimiento normativo a que un abogado pueda garantizar a un cliente que sus teléfonos no serán intervenidos*”. Señalan que la introducción accidental de conversaciones relativas a la defensa no obliga necesariamente a la renuncia de la medida ni es causa legal de modificación automática del mecanismo de indagación, únicamente habrá de llevarse a cabo una reevaluación de los principios de proporcionalidad y necesidad y, en caso de mantenerse la medida, habrá de potenciarse el control judicial a fin de garantizar que no se reorienten las pesquisas aprovechando el asesoramiento de defensa ni se enriquece o reforme el material incriminatorio con el que se cuenta.

Parece claro que no tiene base legal que la medida de investigación cese porque coyunturalmente se graben conversaciones entre el investigado y su letrado. El problema, a nuestro parecer, estriba en que el instructor, aun siendo plenamente consciente de que esas conversaciones se producen con habitualidad, tanto es así que se forma una pieza separada que contiene grabaciones de aproximadamente diez horas de duración (“*Pieza relativa al derecho de defensa*”), no toma ningún tipo de medida para que esas intromisiones no se sigan produciendo. Ha de recordarse que no sólo tiene acceso a la pieza separada el juez instructor, sino también la autoridad policial y el Ministerio Fiscal.

Podría haberse dado orden por parte del instructor de no grabar específicamente esas llamadas (la fuerza policial conocía perfectamente el número de teléfono del letrado, tras realizar múltiples transcripciones de sus llamadas) o, en caso de seguir grabándolas, podría ordenar que no se hiciese ninguna transcripción y, desde luego, que no se llevase a cabo la elaboración de ningún tipo de informe al respecto. Pero existen varios informes *ad hoc*, no sólo adjuntando transcripciones de las conversaciones, sino con interpretaciones acerca de lo tratado en ellas.

Puede argumentarse que el sistema de arrastre de SITEL conlleva la grabación automática de todas y cada una de las llamadas efectuadas o recibidas pero entonces

consideramos que debería el Alto Tribunal hacer un ejercicio de crítica, como ha hecho en tantas otras ocasiones, y solicitar la adaptación tecnológica de los sistemas de escucha a estas situaciones, en aras de la evitación y prevención de esta flagrante intrusión en la esfera del derecho de defensa.

El Tribunal ya había mantenido anteriormente esta línea argumental. La doctrina de la sala sostiene que lo que es relevante es que el teléfono intervenido sea el del investigado y no el del letrado, y que no exista un pretendido y consciente deseo de captar las conversaciones entre ambos¹⁰⁹.

En una de las más recientes resoluciones del Tribunal sobre esta materia, fechada en septiembre de 2019¹¹⁰, se indica, sin embargo, que a pesar del sistema de arrastre, ha de efectuarse la reserva, con carácter general, de que hay que evitar todas las transcripciones de conversaciones que sean ajenas al objeto que justifica la intervención. La evitación de estas transcripciones no es un hecho que se produzca con frecuencia en la práctica forense.

El auto objeto de estudio subraya la importancia de la inexistencia de la vulneración consciente, voluntaria y predeterminada del derecho al secreto de las comunicaciones en relación con el letrado (nota diferenciadora con la sentencia del caso Gürtel, como veremos posteriormente). La intención del instructor en el momento de autorizar la medida es relevante pero creemos que también lo son la actitud y las intenciones con las que se afronta posteriormente la situación.

En algunas causas se ha excluido del acervo probatorio la conversación entre abogado y cliente y se acordó la nulidad de su utilización “*por si pudiera darse el caso de que dicha conversación estuviese dentro de los supuestos en los que pueda considerar vulnerado el secreto profesional entre abogado y cliente*”¹¹¹.

¹⁰⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 926/2012, de 27 de noviembre (F.J.5º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013\49).

¹¹⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 402/2019, de 12 de septiembre (F.J.3º) (Aranzadi Westlaw, referencia (RJ/2019/4158).

¹¹¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 233/2014, de 25 de marzo (F.J.6º) (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2014/3839).

Entiende el Tribunal que para el caso de captación de estas conversaciones, si en ellas se contuvieran datos que comprometieran el derecho de defensa o afectasen al secreto profesional del letrado, la respuesta adecuada sería dejarlas sin efecto. No parece una medida muy garantista, puesto que, por el hecho de ser captadas y escuchadas este tipo de conversaciones, la defensa del encartado ya podría perder eficacia. Es necesario reclamar un sistema que contenga medidas preventivas y no parches de dudosa eficacia para este tipo de situaciones.

Ya se ha hecho referencia al efecto psicológico que defienden ciertos autores que la prueba ilícita puede proyectar, aunque sea de un modo inconsciente, sobre el resto del acervo probatorio.

Reconocen los magistrados en este auto que nos ocupa que, en el desarrollo de la comunicación entre letrado y cliente, basada en la confianza y en la seguridad de la confidencialidad, y con mayor razón en el ámbito penal, es lo natural que aparezcan valoraciones sobre lo sucedido según la versión del imputado, sobre la imputación, sobre las pruebas existentes y las que podrían contrarrestar su significado inculpatario, sobre estrategias de defensa, e incluso podría producirse una confesión o reconocimiento del imputado respecto de la realidad de su participación, u otros datos relacionados con la misma. Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen o pueden conocer el contenido de estas conversaciones, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia.

En el presente caso, se utilizaron datos relevantes que fueron extraídos de esas conversaciones, puesto que el propio querellante señala que la Unidad Central Operativa del servicio de policía judicial de la Guardia Civil (en adelante, UCO) presentó oficio en el que se informaba de que a través de una conversación entre el letrado y el investigado, habían tenido la ocasión de identificar la línea de teléfono del domicilio particular del investigado, ordenándose al día siguiente la inmediata intervención de esta línea.

Esto choca frontalmente con lo anteriormente aducido por el propio Tribunal, acerca de potenciar el control judicial en evitación de aprovechar estas conversaciones para enriquecer o reformar el material probatorio, máxime teniendo en cuenta que los

investigadores contaban con medios legítimos para obtener e identificar la línea del domicilio del investigado.

No parece que en este caso haya sido especialmente abundante el control judicial en aras de la protección del derecho de defensa y el propio tribunal argumenta, como motivo de descargo ante la acusación de prevaricación, que son los investigadores los encargados de las tareas de seguimiento y valoración de las conversaciones. Lo que parece obviarse es la contradicción de los propios magistrados, por una parte evocando una potenciación del control del instructor y, por otra despojándolo de toda culpa por no llevar él mismo el control. Es menester recordar, por muy evidente que pudiese parecer, que el juez instructor tiene las facultades para dar indicaciones a la Policía Judicial de cómo proceder y pudo dar indicaciones precisas y concretas acerca de la omisión de estas conversaciones.

Además, debido al análisis de todas esas conversaciones, parece obvio que las fuerzas policiales, el juez instructor e incluso el Ministerio Público pudieron conocer elementos de la estrategia de defensa que podían ser esenciales o aspectos del procedimiento que deberían ser de exclusivo conocimiento del abogado y el cliente. Esta situación pudo suponer un cambio en el procedimiento en el sentido de que los investigadores orientasen sus pesquisas hacia una determinada dirección o el MF pudiera encauzar su acusación, siendo absolutamente inocuo el hecho de que se ordenase la destrucción de la información después de haber sido estudiada.

Se introduce en la querrela, además, el hecho de que a través de un informe pericial que analiza los metadatos de los archivos que constituyen las resoluciones, se ha podido conocer que las resoluciones de fechas 15 de junio y 26 de julio, han sido redactadas realmente en fechas 26 de junio y 7 de septiembre, respectivamente.

Únicamente se hace eco el auto de este hecho para exponer los argumentos del querellante pero, sorprendentemente, no hay rastro de él en el resto de la argumentación. Independientemente del valor jurídico que pueda atribuírsele al hecho en sí (que, de cualquier modo, entendemos que es grave y relevante jurídicamente), que se pase por alto y se trate como una nimiedad, evidencia por sí solo las carencias que existen en nuestro sistema judicial.

Realiza la querrela una comparativa con lo sucedido en el caso Gürtel, por todos conocido, que finalizó con la STS de 9 de febrero de 2.012¹¹², en la que se condenaba e inhabilitaba al juez Garzón, por haber ordenado la intervención y la grabación de las comunicaciones orales y escritas que mantuvieran los investigados, ingresados en prisión, con sus abogados.

En el auto que aquí se estudia se rechaza cualquier parecido entre ambos supuestos, dado que la resolución del 2.012 asentaba su condena en unos parámetros de restricción de la confidencialidad en las comunicaciones entre abogado-cliente.

Enumera el auto cuatro pilares fundamentales en los que se sustentaba la condena a que nos referimos y que no concurren en el caso del querellante: 1) Que la orden judicial se orientó específicamente a observar y registrar las comunicaciones que los investigados mantuvieran con sus letrados; 2) Que no existía previsión legal para que un juez de instrucción pudiera adoptar una decisión semejante en tal coyuntura; 3) Consideraba además que la decisión del juez de introducirse subrepticamente en la confidencialidad del cliente y su abogado, se proyectaba en individuos presos; 4) La restricción carecía de una justificación real o indiciariamente contrastada.

Con respecto a este último punto, relativo a la carencia de justificación real o indiciariamente contrastada, se refieren los magistrados a que no existía en ese caso ningún indicio de la posible participación de los letrados en la trama criminal y, por ello, se carecía de base legal para decretar tal medida. Recuérdese que esta condición aquí tampoco concurre en absoluto.

Los magistrados destacan que el hecho de haber acordado la formación de pieza secreta no es sino garante de la no divulgación de la información al resto de partes personadas y que, dicha pieza, únicamente sería utilizada procesalmente en caso de participación del abogado en algún hecho delictivo.

Consideramos que se está retorciendo la ley hasta límites que no deberían ser tolerados. Si el mantenimiento de estas conversaciones en la causa sólo se puede justificar

¹¹² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 97/2012, de 9 de febrero (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/199).

a través de la posibilidad de una actuación delictiva del abogado, entendemos que esas escuchas suponen, con respecto a este último, una investigación predelictual o prospectiva, expresamente prohibida en nuestro sistema legal y ya abordada con anterioridad.

Indica el alto Tribunal que no puede deducirse que el instructor haya contrariado el derecho individual del abogado a la confidencialidad de sus comunicaciones, basándose para ello en la STEDH de 3 de febrero de 2.015, caso Pruteanu contra Rumanía¹¹³. Señala que únicamente tendrá cabida esta vulneración cuando el abogado careció de la posibilidad de interesar el control de la legalidad de las grabaciones que le afectaban o de solicitar la destrucción de las mismas. Estos dos supuestos, entienden los magistrados, que de ningún modo concurren en el presente caso.

Otra cuestión a nuestro parecer fundamental de la querrela es aquella relativa a la información que traslada la UCO al Juzgado referente a que han tenido noticia, a través de una conversación telefónica entre el querellante y su abogado, de la inasistencia del denunciante a una diligencia de investigación para la que estaba citado y que dicha inasistencia podía no responder a las razones médicas esgrimidas sino a una “*treta mendaz y planificada para eludir la citación judicial*”. La propia UCO remite una transcripción de esa conversación en un oficio que se incorporó a la “*Pieza relativa al derecho de defensa*”.

Desde que se ordena la destrucción de las conversaciones únicamente recurre esta decisión el MF, se estima el recurso y reforma la resolución en el sentido de ordenar la destrucción exceptuando las referidas a dos oficios, respecto de las cuales ordena deducir testimonio por la posible comisión de un delito debida a la falsa imposibilidad médica de que el investigado asistiera a la actuación judicial arriba referenciada. Esta resolución fue recurrida por el querellante, siendo el recurso desestimado

Como podemos observar, lo que se hizo en la instrucción fue aplicar la teoría del descubrimiento casual derivado de una intervención de una conversación abogado-

¹¹³ STEDH (Sección 3ª) caso Pruteanu contra Rumanía, de 3 febrero de 2.015 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 2015/32).

cliente. A nuestro parecer, lo que se está haciendo al avalar la legalidad de este proceder, es mermando la esfera de intimidad y confianza de la que debería gozar la relación abogado-cliente, no debiendo tener más peso, en la obligada ponderación de intereses, el genérico interés público por la persecución delictiva que la garantía del derecho de defensa.

En cuanto a la comparativa entre la situación que analiza este auto y la que se produjo en el caso Gürtel, las diferencias son notables. En el caso Gürtel, las escuchas de prisión estaban orientadas *ex profeso* a intervenir las conversaciones de los acusados con sus respectivos letrados, práctica expresamente prohibida en nuestro sistema y, en este caso, la captación de las conversaciones con los abogados fue puramente accidental.

Sin embargo, ha de reflexionarse acerca del comportamiento de la figura del instructor, no sólo *ex ante*, sino también a posteriori de dicha captación. En el procedimiento del que trae causa el auto, las conversaciones entre el cliente y el abogado no se mantuvieron en una esfera de confidencialidad, sino que la fuerza instructora permitió no sólo que se analizaran por los investigadores tales conversaciones, con el conocimiento de la Acusación Pública, sino que se recabaron datos contenidas en las mismas para ampliar la base de la investigación.

Así las cosas, semeja contradictorio tener un precepto legal que prohíba expresamente la grabación de este tipo de conversación y que en la práctica no sólo se graben, justificándolo con el sistema de arrastre, sino que en vez de proceder a su inmediata destrucción, se incorporen, analicen y valoren en la causa hasta la extenuación y todo ello venga avalado y amparado por las más altas instancias judiciales del Estado.

CONCLUSIONES.

I. Las intervenciones telefónicas llevadas a cabo en el marco de una investigación judicial suponen una afectación a los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones. Con las escuchas telefónicas, no sólo se posibilita la investigación de un ilícito penal, sino que posteriormente podrán ser utilizadas como medio probatorio en el juicio oral.

II. Para que esta injerencia en la esfera más privada de la vida de un ciudadano pueda producirse, han de seguirse escrupulosamente una serie de principios rectores establecidos tanto por el legislador como por la jurisprudencia. Se trata de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

III. Los principios rectores determinan que la medida nunca puede estar orientada a la prevención delictiva general, debiendo autorizarse la injerencia en base a indicios objetivos. Además, la medida debe reputarse adecuada para el buen fin de la investigación, no pudiendo existir otro medio que suponga una menor injerencia en los derechos del investigado. Por último, la medida debe adoptarse con carácter excepcional y debe suponer una injerencia mínima y necesaria para el descubrimiento de los hechos.

IV. Las autoridades policiales y el instructor han de realizar el oficio y la resolución judicial habilitante con la debida diligencia y atendiendo a las exigencias prescritas tanto por la ley como por la jurisprudencia pues, de otro modo, se abrirá la puerta a las nulidades probatorias.

V. Hemos visto también cómo la jurisprudencia ha ido avanzando desde la regla de la exclusión de la prueba ilícita y la teoría de los frutos del árbol envenenado, que se han visto matizadas y mermadas por las múltiples doctrinas jurisprudenciales. De este modo, se han consolidado doctrinas como la prueba jurídicamente independiente, el descubrimiento inevitable, la confesión voluntaria del investigado y, fundamentalmente, la conexión de antijuricidad.

VI. Con la implementación de la doctrina de la conexión de antijuricidad, criterio principal empleado en la actualidad para determinar la nulidad de las pruebas reflejas, será la defensa la que ha de probar la existencia del nexo de antijuricidad, reinterpretando

al respecto la teoría de la carga de la prueba y, reformulando el art. 11.1 LOPJ, pues, tal y como se ha expuesto, la regla legal ha pasado a ser la excepción jurisprudencial.

VII. En cuanto a los hallazgos casuales, hemos expuesto las múltiples y complejas problemáticas que surgen habitualmente en la práctica forense, sobre todo, aquellas derivadas de la deducción de testimonio que da lugar a la incoación de una nueva causa y las cuestiones derivadas de las medidas de aseguramiento y posible ruptura de la cadena de custodia. Hemos tratado de dar respuesta a este tipo de situaciones, tanto desde el prisma del abogado defensor, como desde la visión de la Acusación Particular y teniendo siempre presentes el Acuerdo del TS de 26 de mayo de 2.009 y el auto del Caso Naseiro, imprescindibles para el tratamiento de este asunto.

VIII. En lo concerniente a SITEL, se han expuesto sus pormenores técnicos y los pilares básicos en torno a los que funciona, que no son otros que automatización, centralización y seguridad, éste último compuesto a su vez por dos niveles, central y periférico. Hemos comprobado también que la jurisprudencia ha avalado su funcionamiento y encaje constitucional, sin embargo, consideramos que las vulnerabilidades expuestas por ciertos magistrados, como la carencia de envío de la información por canal automatizado y seguro entre el sistema y el Juzgado, todavía no se ha superado.

IX. Entendemos reseñable la opacidad que existe en torno al nuevo sistema de interceptación de las comunicaciones, el Evident X-Stream y la inseguridad que puede crear en la sociedad la ausencia de información al respecto, todo ello en un ambiente de desconfianza creado a partir del pronunciamiento del TEDH acerca de la ley de interceptación de comunicaciones de Reino Unido (RIPA), que consideraron contraria al CEDH, y todo ello a raíz de un escándalo por espionaje masivo de comunicaciones privadas a través de internet, llevado a cabo indiscriminadamente.

X. A propósito de las aplicaciones de mensajería instantánea, cabe señalar que ni SITEL ni el nuevo mecanismo, Evident X-Stream, han conseguido acceder al contenido de las conversaciones (se trate de mensajes o de llamadas) que posee “*cifrado de extremo a extremo*”. Como podemos observar, mientras la tecnología avanza a pasos vertiginosos, las formas de comunicación interpersonal se revolucionan año tras año, y la sociedad se

prepara para recibir el innovador sistema 5G, los mecanismos de investigación tecnológica con los que cuentan las autoridades se encuentran notablemente rezagados.

XI. Se ha analizado el auto del TS de 6 de febrero de 2.019, relativo a la captación de conversaciones entre el cliente y su abogado, que ha ido un paso más allá en la doctrina jurisprudencial que venía sosteniendo la Sala. Ha admitido el tribunal la utilización de hallazgos casuales obtenidos de dichas conversaciones y ha avalado el mantenimiento de las mismas en la causa, por si pudiera darse el supuesto de participación del abogado en algún hecho delictivo.

XII. Se evidencia, de este modo, la contradicción que supone tener un precepto legal que proscribiera expresamente la grabación de este tipo de conversaciones y, en caso de ser accidentalmente grabadas, determina la eliminación inmediata y que, en la práctica forense, no sólo se graban, se incorporan a la causa, se analizan y se realizan informes *ad hoc*, sino que todo ello es avalado por las más altas instancias judiciales del Estado.

XIII. Al respecto del mantenimiento de este tipo de conversaciones en la causa, creemos necesaria la reflexión acerca del denominado “*efecto psicológico*”, tratado a lo largo del trabajo, basado en la proyección que puede causar el mantenimiento de una prueba de dudosa legitimidad en el MF e incluso en el juzgador, siendo a nuestro criterio innecesario posponer el pronunciamiento sobre esta cuestión al momento del juicio oral, pues, tal y como indican algunos autores “*se verá lo que no debe verse y se oír lo que no debe oírse*” y ello puede tener consecuencias directas, aunque sea de modo inconsciente, en el procedimiento.

XIV. Por último, consideramos que se está avalando la legitimidad de una mecánica que afecta directamente a la esfera de intimidad y confianza de la que debería gozar la relación abogado-cliente, no debiendo tener más peso, en la obligada ponderación de intereses, el genérico interés público por la persecución delictiva que la garantía del derecho de defensa.

APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: “*Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)*”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2, septiembre 2.011 (última consulta: 28 de enero de 2.020). Disponible en: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA21101.pdf> .

ARNAIZ SERRANO, A.: “*Prueba de cargo y presunción de inocencia*”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, Parte de Análisis doctrinal y cuestiones procesales, núm. 50, 2.018 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2018\9402).

BERNING PRIETO, A.D.: “*La intervención de las comunicaciones electrónicas*”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, 2.012 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2012/939).

DELGADO MARTÍN, J.: “*Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*”, Madrid: Wolters Kluwer La Ley, 2ª Edición actualizada, noviembre 2.018.

EIRENE DE PRADA, I.: “*Privacidad en la era digital: el caso Zakharov*”, Blog Rights International Spain. Entrada 09 diciembre 2.015 (última consulta: 28 de enero de 2.020). Disponible en: <http://www.rightsinternationalspain.org/en/blog/92/privacidad-en-la-era-digital:-el-caso-zakharov> .

GIMENO BEVIÁ, J.: “*Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015*”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 40, 2.015 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2015/16375).

MIRANDA ESTRAMPES, M.: “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, Revista Catalana de Seguretat Pública, Mayo 2.010 (última consulta: 28 de enero de 2.020). Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194215/260389>.

MUÑOZ CARRASCO, P.: “*Análisis del estado actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español*”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1, 2.019 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2018/14697).

MUÑOZ CUESTA, F.J.: “*Validez de auto de intervención telefónica dictado en un proceso desgajado de otro sin que se aporten en el nuevo el informe policial y el auto de escuchas telefónicas del que se obtuvo la información que motiva la segunda causa*”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 4, 2.009 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2009/661).

ORTIZ PRADILLO, J.C.: “*«Hacking» legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática*”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, parte Doctrina, núm. 26, 2011 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2011/1286).

PICÓ i JUNOY, J.: “*El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita*”, Iuris: Actualidad y práctica del derecho, núm. 171, 2.012 (última consulta: 28 de enero de 2.020). Disponible en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/171Probativa.pdf>.

RICHARD GONZÁLEZ, M.: “*Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos, y grabación de imagen y sonido*”, Las Rozas: La Ley Wolters Kluwer, 2.017.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “*El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal. Adaptado a la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, Madrid: Editorial Sepín, 2016.

SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: “*Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*”, Barcelona: Bosch, 2017.

VIDAL MARÍN, T.; RUIZ DORADO, M.: “*Análisis de la constitucionalidad del SITEL. Breves consideraciones a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 9, 2016 (Aranzadi Westlaw, referencia BIB 2016/4915).

APÉNDICE NORMATIVO.

Constitución Española. *BOE*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1.978.

ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, 217 A (III) (última consulta: 28 de enero de 2.020). Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *BOE*, núm. 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9.337 a 9.343.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. *BOE*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23.564 a 23.570.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE*, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE*, núm. 70, de 22 marzo de 2.019, págs. 30.061 a 30.090.

Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. *BOE*, 11 de enero de 2.013.

Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. *BOE*, núm. 70, viernes 22 de marzo de 2.019, páginas 30.091 a 30.120.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *BOE*, 2 de julio de 1.985, núm. 157.

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. *BOE*, 6 de octubre de 2.015, núm. 239, páginas 90.192 a 90.219.

Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

STEDH (Sección 1ª) caso B.B.W. y otros contra Reino Unido, de 13 de septiembre de 2.018, (Aranzadi Westlaw, referencia JUR/2018/239792).

STEDH (Gran Sala) caso Roman Zakharov contra Rusia, de 4 diciembre 2015 (Aranzadi Westlaw, referencia JUR 2015\292490).

STEDH (Sección 3ª) caso Pruteanu contra Rumanía, de 3 febrero de 2015 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 2015/32).

STEDH (Sección 4ª) caso Kennedy contra Reino Unido, de 18 de mayo de 2.010 (Aranzadi Westlaw, referencia JUR/2010/160590).

STEDH (Sección 4ª) caso Prado Bugallo contra España, de 18 de febrero de 2003, (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 2003/6).

STEDH caso Lambert contra Francia, de 24 de agosto de 1998 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1998/40).

STEDH caso Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1998/31).

STEDH caso Kopp contra Suiza, de 25 de marzo de 1998 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1998/9).

STEDH caso Halford contra Reino Unido, de 25 de junio de 1997 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1997/37).

STEDH caso Lüdi contra Suiza, de 15 de junio de 1992 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1992/51).

STEDH caso Huvig contra Francia, de 24 de abril de 1990 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1990/2).

STEDH caso Kruslin contra Francia, de 24 de abril de 1990 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1990/1).

STEDH caso Kostovski contra Países Bajos, de 20 noviembre de 1989 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1989/21).

STEDH caso Schenk contra Suiza, de 12 de julio de 1988 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1988/4).

STEDH caso Klass y otros contra Alemania, de 6 de septiembre de 1978 (Aranzadi Westlaw, referencia TEDH 1978/1).

STJUE (Gran Sala), de 2 de octubre de 2018 (Aranzadi Westlaw, referencia TJCE 2018/231).

STC (Pleno) núm. 115/2013, de 9 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2013/115).

STC núm. 173/2011, de 7 de noviembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2011/173).

STC (Sala Primera) núm. 197/2009, de 28 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2009/197).

STC (Sala Primera) núm. 206/2007, de 24 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2007/206).

STC (Sala Primera) núm. 253/2006, de 11 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2006/253).

STC (Sala Primera) núm. 104/2006, de 3 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2006/104).

STC (Pleno) núm. 229/2003 18 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2003/229).

STC (Pleno) núm. 184/2003, de 23 de octubre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2003/184).

STC núm. 56/2003, de 24 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2003/56).

STC (Pleno) núm. 167/2002, de 18 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2002/167).

STC (Sala Primera) núm. 70/2002, de 3 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2002/70).

STC núm. 202/2001, de 15 de octubre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2001/202).

STC núm. 299/2000, de 11 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2000/299).

STC núm. 188/2000, de 10 de julio (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 2000/188).

STC (Pleno) núm. 49/1999, de 5 abril (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1999/49).

STC (Sala Primera) núm. 41/1998, de 24 de febrero (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1998\41).

STC (Sala Primera) núm. 207/1996, de 16 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1996/207).

STC (Sala Primera) núm. 86/1995, de 6 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1995/86).

STC (Sala Primera) núm. 85/1994, de 14 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1994/85),

STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre (Aranzadi Westlaw, referencia RTC 1984/114).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 423/2019, de 19 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2019/4157).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 491/2019 de 16 octubre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2019\4907).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 457/2019 de 8 octubre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2019\3894).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 402/2019, de 12 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2019/4158).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 333/2019, de 27 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2019/2956).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 158/2019, de 26 marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ\2019\1798).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 34/2019, de 30 de enero (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2019\258).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 651/2018, de 14 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2018/5613).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 623/2018, de 5 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2018/5612).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 265/2018, de 31 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2018\3937).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 216/2018, de 8 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2018/3193).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 2/2018, de 9 de enero (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2018/1701).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 747/2017, de 21 de noviembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/5627).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 400/2017 de 1 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017\3872).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 358/2017, de 18 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/2705).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 279/2017, de 19 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/2675).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 272/2017, de 18 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/1984).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 106/2017, de 21 de febrero (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/526).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 85/2017, de 15 de febrero (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/1909).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 993/2016, de 12 de enero de 2017 (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/2104).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 991/2016, de 12 de enero de 2017 (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/326).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 982/2016, de 11 de enero de 2.017 (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2017/225).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 717/2016, de 27 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 20164721).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 714/2016, de 26 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2016\4720).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 492/2016, de 8 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2016/ 6699).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 373/2016, de 3 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2016/1722).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 204/2016, de 10 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2016/1114).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 203/2015, de 23 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2015/1489).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 153/2015, de 18 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2015/995).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 499/2014, de 17 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2014/5099).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 233/2014, de 25 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2014/3839).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 181/2014, de 11 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2014/1899).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 912/2013, de 4 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013/7913).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 592/2013, de 11 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013/7084).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 419/2013, de 14 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013\3727).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 318/2013, de 11 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013/5933).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 339/2013, de 20 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013/7450).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 926/2012, de 27 de noviembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2013\49).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 740/2012, de 10 de octubre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012\9473).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 722/2012, de 2 de octubre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/1432).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 544/2012, de 4 de julio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/8208).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 573/2012, de 28 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/8205).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 393/2012, de 29 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/6565).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 410/2012, de 17 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/10146).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 248/2012, de 12 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/8195).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 97/2012, de 9 de febrero (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012/199).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 940/2011 de 27 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2012\9830).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 412/2011, de 11 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2011/3749).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 316/2011, de 6 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2011/3339).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 104/2011, de 1 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2011/2499).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 493/2010, de 25 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2010/4922)

STS (Sala de lo Penal) núm. 327/2010, de 12 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2010/5796).

STS (Sala de lo Penal) núm.1315/2009, de 18 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2010/2247).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1215/2009, de 30 de diciembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2010/435).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1078/2009, de 5 de noviembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2009/5690).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 985/2009, de 13 de octubre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2010/664).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 308/2009, de 23 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2009/4708).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 250/2009, de 13 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2009\2821).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 245/2009 6 de marzo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2009/1547).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 175/2009, de 24 de febrero (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2009/1139).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 249/2008, de 20 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2008/4387).

STS (Sala de lo Penal) núm. 449/2006, de 17 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2006/3101).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1241/2005, de 27 de octubre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2005/8299).

STS (Sala de lo Penal) núm. 1231/2003, de 25 de septiembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2003/6376).

STS (Sala de lo Penal) núm. 1029/2003, de 7 de julio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2003/6157).

STS (Sala de lo Penal) núm. 792/1997 de 30 de mayo (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 1997/4444).

STS (Sala de lo Penal) núm. 692/1997, de 7 de noviembre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 1997/8348).

STS (Sala de lo Penal) núm. 974/1997, de 4 de julio (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 1997/6008).

STS (Sala de lo Penal) núm. 1889/1994, de 31 de octubre (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 1994/9076).

Auto del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 6 de febrero de 2.019 (Aranzadi Westlaw, referencia RJ/2019/640).

Auto de TS (Sala especial del art. 61 de la LOPJ), núm. 5/2018, de 31 octubre (Aranzadi Westlaw, referencia JUR 2018/314466).

Auto de TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 13 abril de 2016 (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 2016/1676).

Auto del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 1 de julio de 2014 (Aranzadi Westlaw, referencia JUR/2014/181231).

Auto del TS (Sala de lo Penal) de 18 de junio de 1992 (Aranzadi Westlaw, referencia RJ 1992/6102).

SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 19/2019, de 20 de junio (Aranzadi Westlaw, referencia ARP 2019/1443).

SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) núm. 43/2012, de 30 de octubre (Aranzadi Westlaw, referencia JUR 2013/104562).

SAP Barcelona (Sección 7ª) núm. 207/2019, de 4 de abril (Aranzadi Westlaw, referencia ARP/2019/1308).