

**GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
EN LA INVESTIGACIÓN
TECNOLÓGICA DEL DELITO:
PREVISIÓN LEGAL Y CALIDAD DE
LA LEY**

INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA

SUMARIO

1. INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA DEL DELITO Y PRIVACIDAD DEL INVESTIGADO. 2. LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA DE 2015. 3. LA GARANTÍA DE LA PREVISIÓN LEGAL: 3.1 La calidad de la ley. 3.2 Consecuencias de la falta de previsión legal. 4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 5. OTRAS GARANTÍAS PROCESALES DE LEGITIMACIÓN DE LA INJERENCIA: 5.1 El deber de motivación: exteriorización y elementos concretos. 5.2 Plazo de duración y prórrogas. 5.3 Afectación de terceras personas. 6. BREVE REFERENCIA A LAS NUEVAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA. 7. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 21.10.2016
Fecha aceptación: 17.01.2017

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA DEL DELITO: PREVISIÓN LEGAL Y CALIDAD DE LA LEY¹

INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA *

Profesora Titular Acreditada de Derecho Procesal

1. INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA DEL DELITO Y PRIVACIDAD DEL INVESTIGADO

Una de las funciones específicas de la fase instructora del proceso penal consiste en efectuar los actos de investigación tendentes a averiguar la preexistencia y tipicidad del hecho y su autoría². Estos actos se erigen en presupuestos materiales imprescindibles para que las partes puedan confeccionar y fundamentar sus escritos de acusación³.

Como consecuencia del progreso de la ciencia en el ámbito de las telecomunicaciones, casi todas las infracciones penales tienen hoy, un soporte tecno-

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad del Estado Español: «Retos procesales para afrontar el uso criminal de las TIC en la sociedad de la información», DER2013-47856-P.

* Departamento de Derecho procesal. Facultad de Derecho UNED. Obispo Trejo, 2. 28040 Madrid. Email: ilopezbarajas@der.uned.es

² Como ha destacado la jurisprudencia, el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias de investigación penal (STS 250/2014, de 14 de marzo).

³ GIMENO SENDRA, V. (2015), *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Navarra, pp. 350-354.

lógico⁴. En este contexto, la utilización por la Policía de las modernas tecnologías constituye una herramienta de trabajo imprescindible para obtener las evidencias digitales del delito y contrarrestar los sofisticados medios de que se sirven los grupos criminales organizados, así como el carácter internacional de su actividad. La Policía tiene que contar con los medios necesarios toda vez que la eficacia de la actividad judicial probatoria se fundamenta, en última instancia, en la eficacia de la actuación policial previa.

Ello no obstante, la investigación criminal derivada del uso de estas tecnologías, plantea nuevos desafíos que exigen una respuesta del legislador⁵. Uno de ellos consiste en la necesidad de buscar un adecuado equilibrio entre la garantía de la seguridad pública y la protección de la privacidad del investigado. No puede desconocerse la intensa injerencia estatal en la esfera privada de los ciudadanos que muchas de estas medidas conllevan⁶. Ya en su sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, el Tribunal Constitucional se refería al reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida.

Hasta hace poco tiempo, los ámbitos en los que se desenvolvía la vida privada y familiar quedaban circunscritos, fundamentalmente, al domicilio y a la correspondencia. Hoy, las nuevas tecnologías han hecho que muchos aspectos de la vida privada se desarrollen en nuevos espacios, no solo físicos sino también virtuales, que deben ser protegidos⁷. Un servidor ubicado a miles de

⁴ Según VELASCO NÚÑEZ, nos encontramos ante una escena del crimen más virtual, pero tan real como las tradicionales («Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos, imágenes, GPS, balizas, etc.: la prueba tecnológica», Diario *La Ley*, n.º 8183, Sección Doctrina, 4 de noviembre de 2013).

⁵ ALAN S. REID, A. S. y RYDER, N., «For Whose Eyes Only? A Critique of the United Kingdom's Regulation of Investigatory Powers Act 2000», *Information & Communications Technology Law*, vol. 10, n.º. 2, 2001; CLEMENS ARZT, «Data protection versus fourth amendment privacy: a new approach towards police search and seizure», *Criminal Law Forum* (2005) 16: 183-230; AQUILIA, K., *Public security versus privacy in technology law: A balancing act?*, *computer law & security review* 26 (2010) 13; FENWICK, H. Y PHILLIPSON, G., «Covert derogations and judicial deference: redefining liberty and due process rights in counterterrorism law and beyond», *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill* (2011) 56:4.

⁶ La práctica de todos estos actos de investigación ha de ser siempre respetuosa con los derechos fundamentales en conflicto ex art. 11 LOPJ.

⁷ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico», en VV. AA. (2016), *Derecho a la privacidad en un entorno tecnológico*, XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

kilómetros puede contener más información sobre nosotros que cualquiera de las dependencias de nuestro domicilio⁸.

A lo expuesto se suma la complejidad que conlleva la investigación de estos delitos por el reto técnico que implica el manejo de las nuevas tecnologías y que ha exigido la creación de unidades muy especializadas de investigación dentro la Policía Judicial. Se trata de un campo sujeto a la innovación y evolución casi permanente que aporta la ciencia. En poco tiempo se ha pasado del registro del disco duro del ordenador mediante la entrada en el domicilio en el que se encontraba situado, a la utilización de programas que permiten practicar los registros *on-line*, grabando y reproduciendo su contenido en otro dispositivo⁹. Otro ejemplo viene representado por la existencia de *drones*, tripulados a distancia, que permiten una casi ilimitada capacidad de intromisión en recintos domiciliarios abiertos.

Los sofisticados instrumentos que aporta la revolución tecnológica también ha exigido una reinterpretación o interpretación funcional del artículo 18 de la Constitución Española. Según nuestro Tribunal Constitucional, los avances en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE¹⁰.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en una resolución reciente¹¹, considera que el alcance de la protección constitucional que dispensa el art. 18.2 de la CE sólo puede obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual. A juicio de este pronunciamiento, se protege tanto frente a la irrupción física e incontestada en

⁸ Vid. VV. AA. (2009), *Libertades informativas*/Dir: TORRES DEL MORAL, A.), Colex; NOAIN SÁNCHEZ, A. (2016), *Protección de la intimidad y vida privada en Internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales*, BOE; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (2016), *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson; VV. AA. (2015), *Derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*/ Coord.: FAYOS GARDÓ, Dykinson; ÁLVAREZ CANO, M. (2015), *El derecho al olvido en Internet. El nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Reus; VV. AA. (2013), *Debate sobre privacidad y seguridad en la red*. Regulación y Mercados/ Coord.: BADIA E. y PÉREZ, Ariel; REBOLLO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ (2008), *Introducción a la protección de datos*, Dykinson.

⁹ LLAMAS FERNÁNDEZ, M., y GORDILLO LUQUE, J. M. (2007), «Medios técnicos de vigilancia», en *Nuevos medios de investigación en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid.

¹⁰ STC 70/2002, de 3 de abril.

¹¹ STS 329/2016, de 20 de abril.

el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. Entiende que la intromisión en la intimidad domiciliaria tiene la misma intensidad.

Incluso, se ha abierto paso el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales vinculados al desarrollo tecnológico¹². Sirva como ejemplo que el Tribunal Constitucional Alemán, ya en el año 2007, reconoció el nuevo derecho fundamental a la confidencialidad e integridad de los sistemas técnicos de información frente a las intromisiones que se producen como consecuencia de la aparición de técnicas de acceso *on line* que permiten obtener de forma remota información de un sistema informático sin necesidad de acceder al espacio físico en el que se encuentra situado¹³. Esta conducta que supone una grave intrusión en la intimidad de los usuarios afectados no se encontraba adecuadamente tutelada por el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Parece claro que la garantía del derecho a la esfera privada es uno de los grandes desafíos de los ordenamientos jurídicos en la actualidad y, por ende, también de nuestro proceso penal. Éste tutela un intenso interés público, cual es la represión jurídica de las conductas criminales. En el ejercicio de esta esencial función del estado, ha de estar siempre presente la adecuada defensa de los derechos y libertades de las personas implicadas¹⁴.

Conforme la tecnología se va haciendo más sofisticada, se requieren instrumentos legales adecuados con tal evolución que sean capaces de garantizar que no se vulneran impunemente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos¹⁵. Habrá que determinar hasta dónde y en qué supuestos serán legítimas estas intromisiones en el ejercicio los derechos fundamentales de los sujetos afectados, fijando con precisión sus límites como consecuencia de la realización de determinadas diligencias de investigación penal¹⁶.

¹² ÁVAREZ GARCÍA, F. J. (2010), «El acceso por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a ficheros de datos personales», en *Protección de datos y proceso penal* (Coord. Pedraz Penalva), La Ley.

¹³ BVerfG, 27-02-2008-BvR 370/07.

¹⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A. (2005), «Hecho punible, acción penal y objeto del proceso», en *Derecho Procesal Penal*, séptima edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 175-199.

¹⁵ STEDH 10 de febrero de 2009, caso Lordachi y otros vs. Moldavia.

¹⁶ MORENO CATENA, V. (1998), «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», Poder Judicial, n.º especial.

2. LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA DE 2015

Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante LECrim), durante mucho tiempo, ha estado huérfana de regulación con respecto a los actos de investigación nacidos con la aparición de las nuevas tecnologías, lo que ha ocasionado no pocos problemas procesales. Su redacción originaria, que data todavía de 1882, solo contemplaba las intervenciones postales y telegráficas. La LO 4/1988, de 25 de mayo, modificó de forma muy parca el art. 579 de nuestra Ley Procesal Penal con objeto de autorizar a los Jueces de Instrucción para la práctica de la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Desde entonces, la jurisprudencia y la doctrina española se han cansado de poner de manifiesto la insuficiente regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas que resultaba más grave en el caso de otras medidas de investigación que carecían de toda base legal¹⁷. Especialmente crítica con nuestro sistema legal se mostró la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸.

Durante este periodo, los tribunales han tenido que configurar los contornos que marcan las líneas infranqueables que garantizan la constitucionalidad de unas medidas que inciden gravemente sobre derechos tan sustanciales como la intimidad personal y el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas¹⁹.

Recientemente, el Tribunal Constitucional español ha afirmado el carácter inaplazable de una regulación que abordase las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal²⁰. Declaró ilegítima la grabación de las conversaciones entre dos personas detenidas efectuadas en la Comisaría de policía, por incumplimiento del requisito de reserva de Ley orgánica, aun cuando dichas intervenciones contaran con la correspondiente autorización judicial. Se declaró la falta de cobertura legal para acordar una medida de esta naturaleza.

Por tanto, no se trataba solo de un problema de insuficiencia normativa sino de carencia de regulación. A juicio de nuestro máximo garante de la Cons-

¹⁷ Vid. SSTC 49/1999, de 5 de abril, 184/2003, de 23 de octubre, y 26/2006, de 30 de enero.

¹⁸ SSTEDH de 30 de julio de 1988, Valenzuela Contreras contra España; de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo contra España; de 26 de septiembre de 2006, Abdulkadir Coban contra España. En esta última sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque consideró deseable una modificación legislativa que incorporase a la Ley los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, reconoció que en el Derecho español existía ya una jurisprudencia consolidada y bien establecida.

¹⁹ STS 393/2012, de 29 de mayo.

²⁰ STC 145/2014, de 22 de septiembre.

titución, en ausencia plena de regulación normativa es de todo punto inviable el más mínimo aseguramiento de las garantías básicas. Intentar subsanar esta falta acudiendo a la integración analógica desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable.

Se afirma, pues, la necesidad de una previsión normativa que aporte seguridad y que proporcione claridad en la definición de los límites de la restricción de los derechos fundamentales afectados.

Teniendo en cuenta que los dos últimos intentos de reforma global de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal española no se han podido llevar adelante²¹, ha sido una nueva modificación parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (en adelante reforma de 2015)²², en vigor desde el 6 de diciembre del mismo año, la que trata de paliar la situación de insuficiencia normativa en la que se encontraban la mayoría de las medidas de investigación tecnológica. Intenta otorgar la necesaria seguridad jurídica a las decisiones que puedan adoptarse en este delicado ámbito, con claras repercusiones en materia probatoria²³.

El nuevo Título VIII del Libro II, bajo la rúbrica «De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución», regula determinados actos de injerencia que no pudieron ser tomados en cuenta por el legislador decimonónico, como la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

Aunque con un criticable criterio de ordenación sistemática, el capítulo IV del mencionado Título, bajo la rúbrica *disposiciones comunes* recoge los principios constitucionales que legitiman la adopción de las que pueden considerarse diligencias de investigación vinculadas a las nuevas tecnologías. De ellos pasamos a ocuparnos a continuación.

²¹ *Vid.* Anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, España, 2011, DL: M-32828-2011; Borrador de Código Procesal Penal elaborado por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, España.

²² BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015, pp. 90192 a 90219.

²³ JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A. L., *La reforma procesal penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 145.

3. LA GARANTÍA DE LA PREVISIÓN LEGAL

La primera garantía del investigado viene establecida por el principio de legalidad que constituye un presupuesto común para todo acto procesal limitativo de cualquier derecho fundamental. Por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que incida directamente sobre su desarrollo o limite o condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal²⁴.

Los derechos fundamentales garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia²⁵. Por ello, es competencia del legislador habilitar a los órganos jurisdiccionales para poder disponer de tales medios de investigación. El art. 8.2.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone expresamente que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar «prevista por la ley».

Este principio general ha de afirmarse, de modo especialmente rotundo, en el ámbito del proceso penal, toda vez que al mismo, en palabras del Tribunal Constitucional español²⁶, se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema -la pena criminal- actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más *sagrado* de sus derechos fundamentales.

3.1 *La calidad de la ley*

La Constitución Española exige, así, una triple condición sobre la previsión legal de las medidas limitativas de los derechos fundamentales. En primer lugar, la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto. En segundo lugar, el rango legal que ha de tener dicha disposición. Finalmente, la calidad de la Ley como garantía de seguridad²⁷.

Como ha destacado la jurisprudencia, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley y no existe, en puridad, la vinculación al precedente, el principio de legalidad constituye el único modo efectivo de garantizar las

²⁴ Vid. TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*, Facultad de Derecho, UCM, 2010.

²⁵ STC 25/1981, de 14 de julio, STC 49/1999, de 5 de abril.

²⁶ STC 18/1999, de 22 de febrero.

²⁷ STC 169/2001, de 16 de julio.

exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas²⁸.

Por ello, no sólo se exige que la injerencia estatal esté prevista en la Ley, sino que el respeto a dicho principio requiere una «ley de singular precisión»²⁹. El Derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a autorizar estas medidas de injerencia.

De esta exigencia deriva la necesidad de la accesibilidad de la Ley a toda persona implicada, la cual tiene derecho a poder prever las posibles consecuencias que una acción determinada puede acarrear sobre su persona. El legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, esto es, «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho»³⁰.

El peligro de la arbitrariedad es mayor cuando el poder de apreciación es ejercido en secreto. En un contexto cada vez más digital, las normas que regulen las medidas secretas de vigilancia o de interceptación de las comunicaciones por las autoridades públicas deben sean muy claras y detalladas.

La Constitución y las leyes que la desarrollan, encomiendan la restricción de estos derechos a los jueces que, deberán velar por el respeto de las garantías esenciales de la persona investigada, procurando que la invasión de la intimidad esté orientada exclusivamente a los fines específicamente previstos por la ley y que no son otros que la investigación de los delitos que por su gravedad incidan de modo sensible sobre la convivencia pública³¹.

Pero, la actuación del Juez se refiere al caso concreto, lo que implica la necesidad de que, con carácter previo, el legislador haya establecido, en abstracto, la procedencia de la intervención de acuerdo con el principio de legalidad que inspira la actuación jurisdiccional. La resolución del Juez debe ser respetuosa con el principio de proporcionalidad, tal y como se indica mas adelante. Ahora bien, interesa ahora destacar que este principio debe inspirar también la actuación del Legislador al prever la posible limitación en abstracto.

En este sentido, resulta relevante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014, conforme a la cual la medida consistente en el deber de conservación de datos, tal y como fue regulado en la Directiva 2006/24/CE, no resultaba conforme con el principio de proporcionalidad. Aun

²⁸ STC 233/2005, de 26 de septiembre.

²⁹ *Vid.* SSTC 169/2001, de 16 de julio; 49/1999, de 5 de abril; 123/1997, de 1 de julio; 54/1996, de 26 de marzo; 49/1996, de 26 de marzo; 85/1994, de 14 de marzo.

³⁰ SSTC 49/1999, de 5 de abril; 145/2014, de 22 de septiembre.

³¹ STS 393/2012, de 29 de mayo.

cuando se trata de una medida que responde a un objetivo de interés general (la lucha contra la delincuencia grave y la seguridad pública), constituye una injerencia amplia y especialmente grave en los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de datos de carácter personal. El deber de conservación de datos impuesto por la Directiva abarca de manera generalizada a todas las personas, medios de comunicación electrónica y datos relativos al tráfico sin que se establezca ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo de lucha contra los delitos graves. Concluye el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que esta medida no está suficientemente regulada para garantizar que una injerencia de tal magnitud se limite efectivamente a lo estrictamente necesario.

No basta pues con la proclamación legal del principio de proporcionalidad sino que resulta necesario que la Ley establezca, en concreto, para cada medida de investigación tecnológica, las garantías suficientes para que su adopción cumpla con las exigencias derivadas del mismo³².

La ley debe habilitar y definir en abstracto los supuestos en que cabe el sacrificio del derecho fundamental en pro del mayor interés social en la persecución de una determinada actuación delictiva, y debe regular también las garantías concretas que permitan a la persona investigada ejercer una efectiva defensa³³. Debe precisar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención. La limitación de un derecho no puede crear el riesgo de abusar de dicha limitación³⁴. Solo así es posible determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el Legislador³⁵.

³² Como establece la STC 184/2003, de 23 de octubre «al legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la exclusión, o inclusión, y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como en el caso de Abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional (arts. 24.2, y 20.1.d CE), o en el caso de Diputados o Senadores el derecho al ejercicio de su cargo de representación política (art. 23.2 CE), su inmunidad parlamentaria y la prohibición de ser inculcados o procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 CE)». *Vid.* TORRES DEL MORAL, A., «Libertad de comunicación pública de los parlamentarios: inviolabilidad y secreto», n.º 28, junio 2013, pp. 48-50.

³³ VELASCO NÚÑEZ, E. (2014) «Tecnovigilancia, geolocalización y datos: aspectos procesales penales», *Diario La Ley*, n.º 8338, Sección Doctrina, 23 de junio de 2014, p. 5.

³⁴ Sentencia del TJUE de 8 de abril de 2014, apartados 47 y 54.

³⁵ STC 145/2014, de 22 de septiembre.

3.2 Consecuencias de la falta de previsión legal

Tal y como se ha indicado, parece claro que los avales mínimos que exige la calidad de la Ley, en concreto de su previsibilidad, quiebran en mayor medida cuando ni siquiera se ha procedido a la intervención del legislador.

Interesa poner de manifiesto que, a la luz de nuestro Derecho positivo vigente, el mecanismo de control de constitucionalidad de la Leyes que establece la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional está previsto para actuar sobre las disposiciones legales que en su contenido contradicen la Constitución, pero no respecto de lo que en su enunciado no se contempla³⁶. En este caso, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no resultaría útil en la medida en que la declaración de inconstitucionalidad acarrearía la nulidad de un precepto que, en el caso que nos ocupa, no es contrario a la Constitución por lo que dice, sino por lo que deja de decir³⁷.

Ello no obstante, la redacción originaria del Proyecto de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de noviembre de 2005, contemplaba expresamente la inconstitucionalidad por insuficiencia legislativa, ya que uno de sus objetivos originarios consistía, precisamente, en delimitar con mayor precisión cuáles eran los efectos de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad. La redacción prevista para el art. 39.3. LOTC disponía que *«cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si éste incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia»*.

Se acogía, así, la doctrina del periodo transitorio (*Übergangszeit*) del Derecho alemán, según la cual las medidas restrictivas de derechos fundamentales carentes de regulación legal solo podrán adoptarse con carácter excepcional durante un periodo transitorio hasta que se les dote de la suficiente cobertura legal. Sin embargo, finalmente la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aprobada por Ley 6/2007 de 24 de mayo, no recogió referencia alguna a esta inconstitucionalidad por insuficiencia legislativa.

Por ello, como se ha indicado, conforme a nuestro Derecho vigente, cuando nos encontremos ante un precepto con un contenido constitucionalmente válido, pero insuficiente (como ocurría con el art. 579 LECrim antes de la reforma de 2015), el remedio consistente en la declaración de inconstitucionalidad por defecto de la disposición legal sería peor que la enfermedad, toda vez que agra-

³⁶ STC 184/2003, de 23 de octubre.

³⁷ Así ocurrió en el asunto resuelto por la STC 67/1998, de 18 de marzo.

varía el defecto mismo pues hubiera dejado el ordenamiento desprovisto de cualquier habilitación legal de la injerencia en las comunicaciones telefónicas, incrementando la falta de certeza y de seguridad jurídicas³⁸.

A lo expuesto se une que el Tribunal Constitucional, ni siquiera hipotéticamente a través de una sentencia interpretativa puede colmar todos los vacíos de la Ley con la necesaria precisión. Por vía interpretativa no puede resolver, en abstracto, más de lo que de manera concreta haya ido estableciendo. Precisamente por ello, resulta imprescindible la intervención del Legislador para producir una regulación ajustada a las exigencias de la Norma Fundamental, como único remedio para la reparación de la eventual inconstitucionalidad, supliendo las insuficiencias de las que trae causa.

No es tarea del Tribunal Constitucional definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste constitucional. Es al Legislador a quien corresponde, en uso de su libertad de configuración normativa propia de su potestad legislativa, solucionar la situación de vacío completando un precepto legal³⁹.

Buena prueba de ello es que existía unanimidad en la doctrina sobre la insuficiencia del art. 579 LECrim como norma habilitante de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas desde la perspectiva de la determinación y precisión necesarias para satisfacer la exigencia de previsibilidad del alcance de la injerencia para los eventualmente afectados por ella. Sin embargo, existían muchas discrepancias a la hora de concretar cual era el alcance que debía darse a dichas deficiencias. Resulta necesario distinguir entre los requisitos de las intervenciones que vienen impuestos directamente por la Constitución y los que derivan de la legalidad ordinaria, dada la distinta repercusión que produce cada infracción⁴⁰.

Por ello, el TC en su sentencia 145/2014 ha afirmado que el art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas —una tutela inferior por eventualmente incida por un órgano judicial— que de otras comunicaciones como las verbales, sino solo una garantía común y genérica frente a la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma. A continuación, también afirma que el art. 579.2 LECrim se refiere de manera incontrovertible a intervenciones telefónicas, no a escuchas de otra naturaleza ni particularmente a las que se desarrollan en calabozos policiales y entre personas sujetas a los poderes coercitivos del Estado por su detención, ámbito que por su particularidad debe venir reforzado con las más plenas garantías y con la debida auto-

³⁸ STC 184/2003, de 23 de octubre.

³⁹ STC 184/2003, de 23 de octubre; 26/2006, de 30 de enero.

⁴⁰ SSTs 4904/1995, de 6 de octubre; 7329/1997, de 2 de diciembre.

nomía y singularidad normativa. Por ello, se insiste en que corresponde al Legislador la precisión normativa que establezca un régimen adecuado en función del grado de injerencia que implique cada medida.

4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Las diligencias de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE, no pueden utilizarse como medios ordinarios para obtener fuentes de prueba sino con carácter excepcional⁴¹. No basta que la medida esté prevista en la Ley y sea adoptada por un Juez sino que resulta imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman⁴².

Han de estar sometidas al más estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad. La aplicación de cada medida debe ir acompañada de las garantías adecuadas y efectivas que aseguren el mínimo deterioro del derecho fundamental afectado.

La reforma de la LECrim 2015 establece unos requisitos comunes para todas estas medidas que deben satisfacer los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. La concurrencia de estos requisitos debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial, donde el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados⁴³.

Estas diligencias de investigación solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Debe existir una proporción entre los diferentes intereses en conflicto: el general que se pretende defender y el particular limitado⁴⁴.

Según el nuevo art. 588 bis a 5 último inciso, para ponderar el interés público se atenderá a la gravedad del hecho, su trascendencia social y el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia

⁴¹ SSTs 998/2002; 498/2003; 1130/2009.

⁴² El sacrificio del derecho fundamental ha de estar siempre racionalmente justificado.

⁴³ *Vid.* Exposición de Motivos de la LO 13/2013, de 5 de octubre.

⁴⁴ GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N. (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, pp. 87 y ss; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1989), *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, p. 150.

del resultado perseguido con la restricción del derecho⁴⁵. Así, la medida ha de ser proporcionada no sólo con la finalidad perseguida, sino también con la intensidad de la injerencia⁴⁶.

El criterio del legislador se funda, como ya establecía la jurisprudencia, en la especial gravedad de los hechos punibles. Ahora bien, dicha gravedad no está determinada, únicamente, por la calificación de la pena legalmente prevista, esto es, por el criterio penológico, aunque indudablemente es un factor que debe ser considerado⁴⁷. También deben tenerse en cuenta otros factores, como la naturaleza del delito, la relevancia social de los hechos y el ámbito tecnológico de producción.

Interesa destacar que la reforma de 2015 contempla expresamente la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito, pues la utilización de las tecnologías de la información facilita la comisión del delito y su expansión. Así ocurre, como destacaba la jurisprudencia, con los delitos contra la propiedad intelectual, no sólo en la grabación o reproducción no autorizada de los contenidos, sino, fundamentalmente, en la distribución y venta de los productos sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, de forma que el gran número de personas que pueden acceder a la publicidad contenida en una página web y su rápida difusión hace previsible, en el momento en que se adopta la medida, un posible perjuicio económico muy elevado, con independencia del perjuicio real concreto que se produzca en cada caso⁴⁸.

De esta manera, en el juicio de proporcionalidad acerca de la interceptación de las comunicaciones, junto a la gravedad de la pena y a la entidad del bien jurídico protegido, también puede ponderarse la incidencia del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación. Podrán acordarse estas medidas respecto de aquellas modalidades delictivas que se sirven de las posibilidades de anonimato que brinda Internet para su comisión y difusión, siempre que se produzca una mínima gravedad o relevancia social.

⁴⁵ Art. 588 bis a), apartado 5, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴⁶ Vid. GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N. (1990), Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, *op. cit.*, pp. 187 y ss; LÓPEZ ORTEGA, J. J. (1997), «Protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez», en Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, pp. 280-281; GASCON INCHAUSTI, F. (2012), «Investigación transfronteriza, obtención de prueba penal en el extranjero y derechos fundamentales (Reflexiones a la luz de la jurisprudencia española)», en *Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, pp. 1250-1252.

⁴⁷ El Código Penal, en el art. 33, enumera las penas que considera graves.

⁴⁸ Cfr. STC 104/2006, de 3 de abril.

Señala la jurisprudencia que la calificación de un delito como grave en los casos en los que la pena con la que se castiga el delito sea calificada de tal por el Código Penal, hace innecesario atender a los criterios complementarios diferentes al de la propia pena⁴⁹. Sin embargo, cuando se trate de delitos que no superen el mínimo de gravedad exigido con carácter general por el legislador, será necesaria una motivación reforzada y fundada en las circunstancias del caso concreto que justifique la legitimidad constitucional de la medida de investigación adoptada. Estos aspectos revisten especial importancia para que no quede afectado el juicio de proporcionalidad.

Por su parte, el principio de especialidad exige que la actuación de que se trate tenga por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiéndose las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva que supondrían una autorización en blanco. No bastan meras conjeturas, hipótesis subjetivas o sospechas genéricas o difusas, sino que deben existir indicios objetivamente fundados. Nos encontramos ante una medida *post delictum*, dictada una vez que ha llegado al Juez la *notitia criminis*.

Por consiguiente, como dice la doctrina⁵⁰, en el caso de la intervención de las comunicaciones telefónicas no pueden adoptarse, ni en las diligencias policiales de prevención, ni en la investigación oficial o preliminar a la judicial del Ministerio público, ni en el curso de las atípicas diligencias indeterminadas⁵¹.

Asimismo, se exige la idoneidad y la necesidad de la medida lo que implica, de un lado, que sea apta para conseguir el fin perseguido y, de otro, imprescindible para alcanzarlo⁵². Resulta necesario que esta diligencia sea indispensable para la investigación del hecho punible y la determinación de su autor, sin que se puedan determinar tales extremos a través de otro medio probatorio. La excepcionalidad exige que no estén a disposición de la investigación otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para el esclarecimiento de los hechos (art. 588 bis a 4 LECrim). Si no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención⁵³.

⁴⁹ Cfr. STC 82/2002, de 22 de abril.

⁵⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 412.

⁵¹ STC 165/2005, de 20 de junio.

⁵² STC 202/2001, de 15 de octubre.

⁵³ STS 393/2012, de 29 de mayo.

5. OTRAS GARANTÍAS PROCESALES DE LEGITIMACIÓN DE LA INJERENCIA

Junto a los principios analizados, las nuevas disposiciones comunes a las medidas de investigación tecnológica, regulan otras cuestiones tales como la solicitud de prórroga, las reglas generales de duración, el secreto, el control y cese de la medida, la afectación a terceras personas, la utilización de información en procedimiento distinto o la destrucción de registros. Cada diligencia modulará algunos de estos aspectos y se regirá por reglas específicas según su propia particularidad. Nos limitamos en este trabajo al análisis de los aspectos que presentan mayor relevancia constitucional.

5.1 *El deber de motivación: exteriorización y elementos concretos*

Íntimamente relacionado con lo expuesto en el apartado anterior, la legitimidad de las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE también exige que el órgano jurisdiccional exteriorice la concurrencia de sus presupuestos materiales. La resolución judicial autorizante debe contener las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención y su adecuación a la finalidad perseguida⁵⁴. Debe explicar los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona⁵⁵.

La motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia constitucional recogida expresamente en el art. 120 de la Constitución Española. Esta obligación de los Juzgados y Tribunales forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución Española, por lo que no se trata de una exigencia meramente formal sino que ha de dar respuesta al objeto procesal trazado por las partes. Constituye un requisito inexcusable para poder realizar el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio de un derecho fundamental y la causa a que el mismo obedece⁵⁶.

Los apartados segundo y tercero del antiguo art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se referían, de forma expresa, al requisito de la motivación de

⁵⁴ STC 26/2010, de 27 de abril; 25/2011, de 14 de marzo.

⁵⁵ STS 250/2014, de 14 de marzo.

⁵⁶ Los hechos que justifican la medida deben explicarse con el fin de que sus destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó. Se trata de una exigencia derivada del acto de sacrificio de los derechos (SSTC 165/2005, de 20 de junio; 49/1996, de 26 de marzo; 85/1994, de 14 de marzo).

la resolución judicial en virtud de la cual se acordaba la intervención de las comunicaciones. Nada decían, sin embargo, sobre cual debía ser su contenido concreto. Las exigencias se habían relajado en algunas ocasiones y, endurecido, en otras. De hecho, existía una doctrina jurisprudencial oscilante sobre la motivación por remisión al oficio policial.

La reforma de 2015 pone fin a esta situación. El art. 588 bis c) enumera los requisitos mínimos que debe contener la resolución judicial que autorice la medida. Ésta debe pronunciarse sobre el alcance objetivo y subjetivo de la injerencia, debiendo contener los datos relativos al marco espacial y temporal de tal forma que la ejecución policial de la diligencia se efectúe en el marco fijado en la autorización judicial⁵⁷. En concreto, exige una referencia expresa al hecho punible objeto de la investigación, a la identidad de los investigados, a la finalidad y extensión de la medida, a la unidad de la Policía Judicial que se hará cargo de la medida, a su duración, al control de los resultados y a los sujetos obligados y colaboradores.

De forma coherente, el art. 588 bis b) LECrim dispone que la petición del Fiscal o de la Policía Judicial deben ser muy exhaustivas. Deben ponerse a disposición del Juez todos los elementos de juicio en virtud de los cuales la Policía ha podido llegar a la conclusión de la necesidad de la medida. Tal y como se indicó mas arriba, la solicitud debe estar respaldada por datos objetivos evidenciados en una investigación previa.

El carácter objetivo de los indicios lo es en un doble sentido. De un lado, como ya se ha expuesto, en el de ser accesibles a terceros, para que sean susceptibles de control. De otro, en el de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, lo que excluye las investigaciones meramente prospectivas basadas en la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o de despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación penal⁵⁸. Los indicios objetivos que justifiquen la intervención deben contemplar la individualidad de cada supuesto en particular y deben quedar plasmados directamente en la resolución judicial.

Ahora bien, la medida no es posterior al pleno descubrimiento del delito, sino que se adopta, precisamente, para su averiguación y para la identificación de los autores. Tiene por finalidad, la obtención de los elementos probatorios necesarios sobre los que pueda sustentarse un procesamiento o imputación y una posterior condena⁵⁹. Se acuerda para profundizar en una investigación no acaba-

⁵⁷ SSTC 104/2006, 171/1999.

⁵⁸ SSTC 104/2006, 259/2005, 150/2006.

⁵⁹ STS 5980/2000, de 18 de julio.

da⁶⁰. Por ello, el grado de solidez de los datos fácticos justificativos de la medida no se exige de modo tan intenso como para el auto de procesamiento⁶¹. Se exige algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el art. 384 Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procesamiento⁶².

La excepcional constatación *a posteriori* de que algunas de esas informaciones podrían no ser exactas o el hecho de que algunos de los mencionados como sospechosos no fueran luego objeto de imputación, no conducen de modo inexorable a la vulneración del derecho. De lo que se trata es de examinar si las sospechas de que el investigado está ejerciendo una actividad criminal, pueden considerarse fundadas⁶³.

La jurisprudencia habla de «sospechas objetivadas»⁶⁴ que han de contar con cierto fundamento en la investigación identificable y susceptible de ulterior contraste⁶⁵. Se trata de datos objetivos que apoyan tanto la existencia misma del hecho que se pretende investigar, como la relación que tiene el referido hecho con la persona que va a resultar directamente afectada por la medida⁶⁶.

Por su naturaleza, han de ser susceptibles de verificación que es lo que las distingue de las «meras hipótesis subjetivas». El hecho en que el presunto delito puede consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa. Nuestro máximo garante de la Constitución ha hecho hincapié en la necesidad de distinguir entre el «dato objetivo» y el «delito» de cuya existencia el primero sería un indicio⁶⁷.

Una sospecha genérica o un golpe de intuición pueden ser útiles como punto de partida de otras formas de indagación dotadas de menor impacto para la esfera íntima o privada de las personas. Los indicios, en cambio, se refieren a datos susceptibles de valoración y, por tanto, verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad⁶⁸. Indicio es un hecho que por sí mismo o junto con otros ha de ser sufi-

⁶⁰ SSTS 291/2003, de 23 de enero; 5198/2014, de 9 de diciembre.

⁶¹ SSTS 1610/2005, de 15 de marzo; 3716/2002, de 24 de mayo.

⁶² SSTC 49/1999, 138/2001, 167/2002, 259/2005; STS 250/2014, de 14 de marzo.

⁶³ STS 250/2014, de 14 de marzo.

⁶⁴ STS 393/2012, de 29 de mayo.

⁶⁵ STS 1273/2009, de 6 de marzo y ATS 2356/2009, de 2 de febrero.

⁶⁶ SSTS 531/2006, 202/2001.

⁶⁷ STC 259/2005, de 24 de octubre.

⁶⁸ STS 3581/2005, de 6 de junio.

ciente para llegar a la conclusión de la existencia de otro hecho que puede ser constitutivo de delito. Se trata de hechos externos que dan lugar a una sospecha fundada.

La falta de estos datos imprescindibles no puede ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma.

Podemos concluir que las meras afirmaciones categóricas, efectuadas por la Policía, acerca de la comisión del ilícito y de la intervención en el mismo de la persona investigada, deben considerarse insuficientes⁶⁹, haciéndose precisa la exposición de las bases con las que estos funcionarios contaron para tener conocimiento de las actividades ilegales, pues solo valorando el fundamento de estas y la racionalidad de sus conclusiones puede el Instructor cumplir adecuadamente con la función jurisdiccional que la Ley le encomienda⁷⁰. En todo caso, será la valoración jurisdiccional de los indicios objetivos la que abra o cierre la puerta a la medida⁷¹.

5.2 Plazo de duración y prorrogas

Como exigencia general derivada del principio de proporcionalidad, las medidas de investigación tecnológica del delito no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. Así, el auto que autoriza la medida restrictiva debe precisar el tiempo concreto de duración de la diligencia.

La reforma de 2015 establece plazos máximos en función de cada medida concreta. En el caso de las intervenciones telefónicas y telemáticas, la duración máxima inicial de la intervención será de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses. Una previsión casi idéntica se establece en cuanto a la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. En el caso del registro remoto de equipos informáticos, la ley también limita la duración de la medida al plazo de un mes, prorrogable hasta un máximo de tres meses.

De forma diferente, no se prevé ningún límite de duración en el caso de la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Esta omisión ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de que se trata de una diligencia limitada estrictamente a los encuentros

⁶⁹ STS 7440/2007, de 13 de noviembre.

⁷⁰ SSTS 393/2012, de 29 de mayo.

⁷¹ MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2015), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Castillo de Luna, Madrid, pp. 236-241.

concretos del investigado que previsiblemente vayan a tener lugar⁷², lo cual no impide que el Juez pueda establecer un límite máximo como garantía añadida. Ello, no obstante, existen autores que entienden que hubiera sido preferible optar por un acortamiento general y expreso de los plazos, respecto del previsto para la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, dada la naturaleza invasiva de esta medida que reclama un control mas intenso por parte del Juez⁷³.

En cuanto a cómo se debe computar el plazo previsto en la resolución judicial que autoriza la restricción y, en particular, la cuestión sobre cuál debe ser su *dies a quo*, existían dos posibilidades antes de la reforma de 2015. De un lado, entender que aquél comienza cuando se produce efectivamente la intervención⁷⁴ y, de otro, sostener que el momento decisivo es el día en que se dicta la decisión judicial que autoriza dicha intervención.

El Tribunal Constitucional ha entendido que el plazo comienza a correr desde el momento en que la intervención ha sido autorizada⁷⁵. A su juicio, si los efectos se desplegaran sólo y a partir del momento en el que la injerencia efectivamente se realiza se produciría una suspensión individualizada del derecho fundamental durante el tiempo intermedio que transcurre desde el día en que se acuerda la resolución judicial hasta aquél en el que la intervención empieza a producirse⁷⁶. El principio de seguridad jurídica podría verse afectado si la injerencia se dilatase en el tiempo de forma injustificada.

Asimismo, se funda en el principio general de nuestro Derecho según el cual la interpretación de la legalidad debe hacerse en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales⁷⁷. En otro caso, pesaría sobre el afectado una eventual restricción sin alcance temporal limitado, toda vez que se haría depender del momento inicial en que la intervención tenga lugar.

⁷² MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2015), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, *op. cit.*, pp. 353-355.

⁷³ MARTÍN MORALES, R., R. *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, Comares, 20015, p. 45-47.

⁷⁴ La jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió que el plazo comenzaba a computarse en el momento en el que, efectivamente, se activa el sistema de interceptación, que debería ser lo más próximo a la fecha de la resolución judicial habilitante, sin más excepciones que las justificadas por las dificultades técnicas de activación del sistema (SSTS 1069/1999, de 23 de junio; 698/2001, de 28 de abril; 774/2004, de 16 de junio). Ello no obstante, también existen resoluciones que parecen inclinarse por la fecha de la resolución judicial (7/2014, de 22 de enero).

⁷⁵ SSTC 205/2005, 26/2006, 68/2010.

⁷⁶ Se trae a colación el argumento que se contiene en la STC 50/1995, fundamento jurídico séptimo, que se refiere al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

⁷⁷ SSTC 219/2001, 5/2002.

Esta ha sido la posición acogida por el legislador al establecer, en el art. 588 ter g, que el plazo máximo se computará desde la fecha de la autorización judicial.

La medida podrá ser prorrogada, mediante auto motivado, por el juez competente, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron.

De esta manera, la concesión de la posible prórroga queda sometida a un control efectivo por parte del Juez de Instrucción. Como afirma Gimeno⁷⁸ hay que reputar inconstitucional la práctica consistente en acordar la prórroga de la intervención a través de una resolución estereotipada que no esté motivada.

El Tribunal Constitucional considera que las mismas garantías que se exigen al autorizar la intervención, deben ser observadas en las resoluciones siguientes que tengan por objeto autorizar la continuación de la restricción del derecho fundamental⁷⁹. El principio de fundamentación de la medida, abarca no solo al acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas, ya que el control es un *continuum* que no admite rupturas⁸⁰.

Por último, de forma coherente con lo expuesto, el juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada (art. 588 bis e LECrim).

5.3 Afectación de terceras personas

Tal y como se ha indicado, los principios de especialidad e idoneidad imponen una delimitación subjetiva de la injerencia estatal que excluya las intervenciones prospectivas o de límites difusos. La regla general se centra en la persona sometida a la investigación. Ello no obstante, el legislador de 2015 dispone expresamente que podrán acordarse las medidas de investigación tecnológica, aun cuando afecten a terceras personas, en los casos y con las condiciones que se indican en las disposiciones concretas previstas específicamente para cada una de ellas (art. 588 bis h) LECrim), que exigirán una motivación reforzada.

Así, en el supuesto de las interceptaciones telefónicas y telemáticas, podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona

⁷⁸ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 417.

⁷⁹ STC 7/1994, de 17 de enero.

⁸⁰ STS 5198/2014, de 9 de diciembre.

cuando el investigado se sirva de aquella para transmitir o recibir información o el titular colabore con aquel en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad. Entiende la doctrina⁸¹ que el concepto de colaborar no supone necesariamente que el tercero tenga una participación que sea delictiva ni que, por supuesto, fuera susceptible de soportar una medida de investigación tan grave. El caso de beneficio de la actividad ilícita permite incluir circunstancias en que este tercero obtiene alguna forma de compensación o beneficio de la actividad ilícita, sin que necesariamente se incurra en la responsabilidad penal del art. 122 CP. Ello, no obstante, la mayoría de los casos podrían llegar a tener una trascendencia jurídico penal de menor gravedad.

También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo sea utilizado maliciosamente por vía telemática, sin conocimiento de su titular (art. 588 ter c) LECrim). Con esta disposición se pretenden incluir los supuestos más sofisticados y frecuentes, en el que un sujeto se hace con el control remoto del dispositivo y accede fraudulentamente a la red de comunicaciones que habilita el acceso de un tercero que desconoce la utilización de su propio terminal⁸².

Interesa poner de manifiesto que el art. 588 ter b) 2.º, abre la posibilidad de acordar la intervención de los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad. A juicio de la doctrina⁸³, por exigencias derivadas del principio de especialidad, este supuesto de injerencia indirecta sólo podría utilizarse cuando el grave riesgo para la víctima estuviera relacionado con delitos concretos, quedando fuera los supuestos de desaparición de personas cuando no existiera ningún indicio que apuntara a su carácter delictivo.

Por último, en el caso de la captación de imágenes en lugares o espacios públicos, también establece el legislador un criterio restrictivo de manera que la medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a una persona diferente del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o cuando haya indicios fundados de que esté relacionada con el investigado y los hechos objeto de la investigación (art. 588 quinquies a) LECrim).

⁸¹ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepin, 2016, p. 107.

⁸² MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2015), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Castillo de Luna, Madrid, pp. 229-231.

⁸³ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, op. cit., p. 108.

6. BREVE REFERENCIA A LAS NUEVAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

Para completar el estudio realizado y con objeto de ofrecer una visión general de la reforma de 2015 en la materia que nos ocupa, procede hacer una breve referencia a las nuevas diligencias de investigación tecnológica del delito.

La reforma de la LECrim española llevada a cabo por la LO 13/2015, de 5 de octubre, en primer lugar, regula y actualiza la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas⁸⁴. Interesa destacar que se distinguen dos modelos de comunicación confiriendo sustantividad propia a las formas de comunicación telemática, como los mensajes SMS y el correo electrónico u otras formas de mensajería instantánea. Se permite la intervención de cualquier clase de comunicación, que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio de comunicación telemática, lógica o virtual. La comunicación telemática deja de tratarse como accesorio o instrumental de la comunicación telefónica⁸⁵. De esta manera, resolución judicial, como presupuesto habilitante del acto de injerencia, debe valorar el sacrificio particular y concreto que cada modalidad de comunicación implica.

A continuación, la Ley se ocupa de la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos (Capítulo VI, del Título VIII). Se trata de una medida que carecía de cobertura normativa tal y como puso de manifiesto la STC 145/2014, de 22 de septiembre, antes mencionada.

Dada la intensidad de la injerencia, se exige autorización judicial sin que la Ley haya previsto cláusula de urgencia. El régimen prácticamente se equipara al exigido para la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Ello no obstante, como se desprende del tenor de la Ley, la medida puede tener distinto alcance. Puede consistir en la captación y grabación de las conversaciones directas que pueda realizar el investigado o en la obtención de imágenes que complementan las conversaciones intervenidas. Asimismo, la captación puede hacerse dentro del domicilio o en un espacio diferente. Por tanto, se incluyen medidas de distinta incidencia en el ámbito de la privacidad de cualquier ciudadano.

La resolución deberá contener una mención concreta del lugar o dependencias así como de los encuentros del investigado que va a ser sometidos a vigilan-

⁸⁴ Vid. ZOCO ZABALA, C. (2016), *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Lex Nova.

⁸⁵ MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2015), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, ob. cit., p. 200-209.

cia (588 quáter c). La autorización deberá limitarse los encuentros sobre cuya previsibilidad haya indicios que se hayan hecho constar en la investigación⁸⁶.

En el caso de obtención por la Policía de imágenes en lugares o espacios públicos, el menor grado de injerencia en la privacidad del investigado es claro con respecto a las practicadas en el domicilio o en lugares cerrados. Su validez no se condiciona a la autorización judicial. Ello no obstante, deben tenerse en cuenta las singularidades del caso concreto para determinar que el material fotográfico y videográfico obtenido en el ámbito público se lleve a cabo sin intromisión indebida en la intimidad personal o familiar⁸⁷.

También se contempla la medida consistente en la instalación de un dispositivo técnico, durante un tiempo determinado, que permita conocer la posición geográfica en la que se encuentra el investigado. Se exige autorización judicial previa (art. 588 quinquies b). Ello no obstante, cuando concurren razones de urgencia la Policía podrá proceder a su colocación dando cuenta a la autoridad judicial en el plazo más breve y, en todo caso, en el plazo de 24 horas. Parece claro que esta diligencia constituye una injerencia en la vida privada, si bien, como ha señalado el TEDH⁸⁸, la intromisión es menor que la que implican otros métodos de seguimiento acústico y visual.

También se regula por primera vez el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información que se encontraban en una situación de vacío normativo, a salvo lo dispuesto en el convenio de Budapest de 2001 sobre Cibercriminalidad. El Tribunal Constitucional español, en la sentencia 173/2011, de 7 de noviembre consideró que esta intromisión no solo afecta al ámbito del derecho a la intimidad constitucionalmente protegido, sino que puede afectar a la esfera más íntima del ser humano, dadas las múltiples funciones de almacenamiento de datos como de comunicación con terceros a través de Internet que posee un ordenador personal.

En esta línea, la nueva Ley afirma que estos dispositivos son algo más que simples piezas de convicción⁸⁹ y exige una autorización judicial motivada e individualizada que justifique las razones de su intervención.

⁸⁶ MARTÍN MORALES, R. (2015), *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, Comares, Granada, p. 43.

⁸⁷ SSTS 485/2013, de 5 de junio, 433/2012, de 1 de junio, 793/2013, de 28 de octubre. Vid: CARRILLO, M., «Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación», en VV. AA., *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, op. cit., pp. 53 y ss.

⁸⁸ STEDH de 2 de septiembre de 2010, Caso Uzun v. Alemania y STS 798/2013, 5 de noviembre.

⁸⁹ Vid. STS 342/2013, de 17 de abril.

La simple incautación de los dispositivos, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado posteriormente por el juez competente⁹⁰. Se pone fin a una práctica jurisprudencial que hacía extensiva la autorización judicial concedida para la intromisión en el domicilio a la aprensión de todos los soportes informáticos que pudieran encontrarse en el interior del mismo⁹¹.

No obstante, el rigor de esta exigencia se modula, en los casos de urgencia en que haya un interés constitucional legítimo, que haga imprescindible la medida, en cuyo caso se podrá hacer un examen directo por la Policía Judicial de los datos dando cuenta inmediata a la autoridad judicial⁹². Lo mismo ocurre cuando se trate de ampliar el registro a otro sistema informático.

Por último, arts. 588 septies a)-c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge una nueva medida de investigación tecnológica que permite el acceso y registro de los equipos electrónicos del sujeto investigado, de forma remota y telemática. No constituye simplemente una modalidad especial de acceso al registro de un equipo informático sino que implica una mayor invasión en la esfera de los derechos individuales y de la intimidad, toda vez que se lleva a cabo sin conocimiento del titular o usuario. Por ello, se establece un régimen singular y se refuerzan las garantías. Su adopción se sujeta al más estricto control de jurisdiccionalidad, de manera que, ni siquiera por razones de urgencia se habilita a la Policía para intervenir estos dispositivos.

Atendiendo al intenso grado de injerencia que implica un registro remoto, la nueva Ley además limita el ámbito objetivo de la medida estableciendo un sistema de «*numerus clausus*» de forma tal que sólo puede acordarse para la investigación de los delitos, recogidos expresamente en el 588 *septies* a) Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Finalmente, una vez expuestos los rasgos fundamentales de las nuevas medidas de investigación introducidas por la reforma de la LECrim de 2015, solo resta indicar que el análisis detenido de las normas específicas previstas para cada

⁹⁰ Art. 588 sexies a) 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁹¹ La STS 2809/2008, de 14 de mayo, entendió que la orden de entrada y registro habilitaba a la policía para la incautación, entre otras cosas, del material informático que pudiera encontrarse; Por su parte, la STS 4745/2002, 27 de junio, admitió como lícita la lectura de un mensaje grabado en un móvil por considerar que se encontraba bajo la cobertura de la autorización judicial de la entrada y registro. Entendió que los requisitos de validez no eran los propios de una intervención de comunicaciones sino los que rigen el hallazgo de documentos ya en poder del destinatario.

⁹² Art. 588 sexies c), apartado 4 LECrim.

una de cada una de estas diligencias, excede de los límites de este trabajo y serán objeto de consideración detallada en estudios separados.

7. CONCLUSIONES

Debe hacerse una valoración general positiva de la reforma llevada a cabo por la LO 13/2015, de 5 de octubre, en cuanto que el Derecho español estaba necesitado de una regulación que abordase las intromisiones en la privacidad del investigado en el marco del proceso penal. No se puede justificar la utilización de ciertos medios de investigación sin una mínima base legal que regule sus requisitos y límites. Desde este punto de vista, se trata de un paso indudable en la actualización del proceso penal español.

Sin embargo, la vida privada es un término abierto no susceptible de una definición exhaustiva que, según el Tribunal Europeo de Derecho humanos, debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales de vida propias de la Sociedad de la información en la que estamos inmersos para proteger al individuo de forma real y efectiva en aquellos ámbitos a los que se refiere.

Conforme la tecnología se va haciendo más sofisticada, se requieren nuevos instrumentos legales adecuados con tal evolución que sean capaces de garantizar que no se vulneran impunemente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Corresponde al titular de la potestad legislativa, establecer hasta dónde y en qué supuestos serán legítimas estas intromisiones en el ejercicio los derechos fundamentales de los sujetos afectados, fijando con precisión sus límites. La limitación de un derecho no puede crear el riesgo de abusar de dicha limitación. La Ley debe garantizar que la injerencia se limita, efectivamente, a lo estrictamente necesario.

La evolución constante de la ciencia en el ámbito de las telecomunicaciones hace que la búsqueda de un adecuado equilibrio entre seguridad y privacidad en la investigación penal del delito constituya un reto permanente que exige un renovado entendimiento de las exigencias habilitantes de todo acto de injerencia en la privacidad de los ciudadanos. Sólo así podremos seguir avanzando en de la búsqueda de técnicas de investigación que abran nuevas posibilidades en la investigación criminal, como medio necesario para hacer frente a los nuevos desafíos de la criminalidad organizada y del terrorismo dentro del respeto a los principios constitucionales básicos del Derecho penal y del proceso debido.

Title:

Constitutional guarantees in the technological investigation of the crime: legal provisions and quality of the law⁹³.

Summary:

1. Technological investigation of crimes and privacy of the investigated party. 2. The reform of the Spanish criminal procedural act of 2015. 3. Guarantee of the legal provisions: 3.1. Quality of the legal regulation. 3.2 Consequences of lack of legal regulation. 4. The proportionality principle. 5. Other legal guarantees of the legitimation of the interference: 5.1 The duty to motivate: exteriorization and concrete elements. 5.2. Term and extensions. 5.3 Impact on third parties. 6. Brief reference to the new diligences of technological investigation. 7. Conclusions.

Resumen:

La garantía del derecho a la esfera privada es uno de los grandes desafíos de los ordenamientos jurídicos en la actualidad y, por tanto, también de nuestro proceso penal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española, durante mucho tiempo, ha estado huérfana de regulación con respecto a los actos de investigación nacidos con la aparición de las nuevas tecnologías, lo que ha ocasionado no pocos problemas procesales. La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, trata de paliar esta situación de insuficiencia normativa. Se estudian en este trabajo las exigencias derivadas del principio de legalidad con objeto de determinar, si la nueva Ley define las modalidades y la extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente precisión para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad. Se trata de determinar hasta dónde y en qué supuestos serán legítimas las intromisiones en el ámbito de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 de la Constitución española como consecuencia de la realización de determinadas diligencias de investigación penal.

Abstract:

The guarantee of the right to privacy is one of the big challenges of any modern system of law, and thus, it is also of our criminal court

⁹³ This paper has been written in the framework of the Project of Investigation awarded by the Ministry of Economy and Competitiveness of Spain: «Procedural Challenges to confront the criminal use of Information Technologies in the information society», DER2013-47856-P.

proceedings. For a long time, the Spanish Criminal Procedural Act, has lacked a regulation in relation to investigative acts that have been originated as a consequence of the appearance of modern technologies, and this has created not few procedural new problems. The legal reform undertaken by the Act 13/2015, dated October 5th, aims at solving this situation of lack of sufficient legislation. We study in this paper the demands arisen from the rule of law principle with the intention of determining whether the new Act 13/2015 properly defines the modalities and the scope of the power attributed to authorities, so as to afford individuals with an adequate protection against arbitrary exercise of authority. We intend to determine to what extent, and under what circumstances, intrusions in the constitutional rights recognized by Section 18 of the Spanish Constitution carried out as part of the above mentioned criminal investigations would be legitimate.

Palabras clave:

Nuevas tecnologías, investigación penal, derechos fundamentales, intimidad, privacidad, legalidad y proporcionalidad.

Key words:

New technologies, criminal investigation, constitutional rights, human rights, intimacy, privacy, rule of law and proportionality.