

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas  
de Elche



Grado en Derecho

**TRABAJO FIN DE GRADO**

Curso académico 2016-2017

**LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA:  
ESPECIAL REFERENCIA A LA INTERVENCIÓN DE LAS  
COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS**

*Alumna: Diana Molozhanova*

*Tutora: Olga Fuentes Soriano*

**Resumen:**

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo en 2015 ha introducido cambios importantes en la materia de la investigación tecnológica. De esta manera, dicha reforma se ha ocupado a fortalecer las garantías procesales y también aclarar y completar la regulación deficiente que existía hasta entonces en este ámbito. Dado que la práctica de las diligencias de investigación tecnológica y, en particular, la intervención de las comunicaciones electrónicas puede vulnerar los derechos fundamentales tan importantes como el derecho al secreto de las comunicaciones o el derecho a la intimidad este tema resulta de gran importancia y por tanto se estudia en este trabajo.

**Abstract:**

The reform of the Law of Criminal Indictment carried out in 2015 has introduced important changes in the matter of the technological investigation. This way, the above mentioned reform has dealt to strengthen the procedural guarantees and also to clarify and to complete the deficient regulation that existed till then in this ambience. Since the practice of the procedure of technological investigation and, in particular, the intervention of the electronic communications can damage the fundamental rights as important as the right to the secret of the communications or the right to the intimacy this topic results from big importance and therefore it is studied in this work.

**Índice:**

<b>Abreviaturas .....</b>	<b>4</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>5</b>
<b>1. Las diligencias de investigación .....</b>	<b>8</b>
<b>1.1. Concepto .....</b>	<b>8</b>
<b>1.2. Actos de investigación y actos de prueba.....</b>	<b>14</b>
1.2.1. Excepciones a la regla general .....	19
1.2.2. Prueba anticipada y prueba pre-constituida .....	22
<b>1.3. Órganos competentes .....</b>	<b>25</b>
1.3.1. El Juez .....	25
1.3.2. El Ministerio Fiscal .....	28
1.3.3. La Policía .....	32
<b>2. Las diligencias de investigación tecnológica.....</b>	<b>35</b>
<b>2.1. Concepto .....</b>	<b>35</b>
<b>2.2. Nueva regulación de la investigación tecnológica .....</b>	<b>37</b>
2.2.1. La reforma de la LECrim de 2015.....	37
2.2.2. Principios rectores de la práctica de las diligencias tecnológicas .....	42
2.2.3. Otros presupuestos comunes a todas las diligencias tecnológicas.....	48
2.2.3.1. La solicitud de la medida .....	48
2.2.3.2. La resolución judicial .....	51
2.2.3.3. El secreto y la duración de la medida .....	58
<b>3. La intervención de las comunicaciones electrónicas.....</b>	<b>60</b>
<b>3.1. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones .....</b>	<b>60</b>
3.1.1. Antecedentes históricos .....	60
3.1.2. Concepto y extensión.....	61
3.1.3. Relación con con el derecho a la intimidad.....	66
3.1.4. Limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.....	68
3.2.1. Concepto.....	70
3.2.2. Marco normativo .....	72
3.2.3. Datos de tráfico .....	75
3.2.3.1. Concepto.....	76
3.2.3.2. Dirección IP y números IMEI y IMSI .....	81
<b>Conclusiones:.....</b>	<b>85</b>
<b>Bibliografía: .....</b>	<b>87</b>
<b>Jurisprudencia citada: .....</b>	<b>92</b>
<b>Recursos web:.....</b>	<b>93</b>

## Abreviaturas

TS – Tribunal Supremo

TC – Tribunal Constitucional

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

LECrim – Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

CP – Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

LOPJ – Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

CE – Constitución Española

EOMF – Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

RD – Real Decreto

TIC – Tecnologías de Información y Comunicación

RAE – Real Academia Española

LORPM - Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

CEDH - 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

LGT - Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

LCDCE - Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

RLGT - Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

FGE – Fiscal General de Estado

## Introducción

En las últimas décadas la sociedad ha cambiado radicalmente incluso podemos decir que ha asistido a una auténtica revolución tecnológica. Las nuevas tecnologías han penetrado en todos los ámbitos de nuestra vida cotidiana: desde la formación, la sanidad y hasta el ámbito judicial. El empleo de las nuevas tecnologías se ha universalizado y ahora no se puede imaginar como se vivía sin toda esta multitud de dispositivos electrónicos. La sociedad actual de la información en la que vivimos, dinámica y compleja, ha provocado muchas ventajas, facilitándonos la vida, aportando multitud de posibilidades de desarrollo, formación y comunicación. Últimamente, han aparecido nuevos mecanismos de comunicación a través de internet que se utilizan en las relaciones personales de todo tipo.<sup>1</sup> Es decir, las comunicaciones electrónicas están empleadas en todos los ámbitos de nuestra vida: laboral, familiar e, incluso, sentimental.

Cuando una persona navega por Internet comunica en redes sociales en foros, efectúa operaciones de comercio electrónico, descarga distintos tipos de documentos y archivos, etc. está destapando muchos datos acerca de su personalidad, que pueden afectar su intimidad porque se refieren a sus creencias, ideologías, orientaciones sexuales, datos sobre su salud, etc.<sup>2</sup> Por otro lado, las comunicaciones interpersonales a través de internet contienen mucha información y detalles de la vida de los titulares de la comunicación que pueden facilitar la investigación criminal siendo un instrumento muy efectivo en la prevención y lucha contra la delincuencia.

Sin embargo, esta herramienta poderosa puede entrar en colisión con los derechos fundamentales, tales como el derecho al secreto de las

---

<sup>1</sup> SORIANO, O. "Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba" en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO, O.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 287 y ss.

<sup>2</sup> - STS, Sala de lo Penal, Sección Primera, 342/2013 de 17 abril. RJ 2013\3296

comunicaciones, el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de datos personales, que merecen la protección especial. Por tanto, se tienen que aplicar los mecanismos para encontrar el equilibrio entre la vida privada de los ciudadanos y una investigación eficaz de los delitos, en aras de proteger y asegurar esta vida privada de cada uno.<sup>3</sup>

Este tema es un tema novedoso con una regulación recientemente reformada, por tanto, plantea problemas jurídicos muy atractivos. Entre los problemas que plantea este tema, tal y como se va a demostrar en este trabajo, destacan los siguientes: qué son las diligencias de investigación tecnológica haciendo un especial hincapié en la intervención de las comunicaciones electrónicas, quién las tiene que llevar a cabo, qué mecanismos se utilizan para salvaguardar los derechos fundamentales, y cuál es el alcance de la reforma de 2015 en este ámbito.

El concepto de la diligencia de investigación tecnológica no lo tenemos definido en los textos legales, por tanto en este trabajo vamos a reflexionar sobre ello extrayéndolo de otros conceptos afines, como pueden ser el concepto de diligencias de investigación y el concepto de nuevas tecnologías concluyendo así qué es una diligencia de investigación tecnológica.

Asimismo, la nueva regulación plantea ciertos problemas a los operadores jurídicos como, por ejemplo, cuál es el órgano competente para autorizar las diligencias de investigación tecnológica o cómo se aplican requisitos para limitar los derechos fundamentales. Todos estos temas serán objeto de estudio en el presente trabajo donde se analizarán la distintas corrientes doctrinales existentes al respecto.

No sería posible abordar el concepto de intervención de las comunicaciones electrónicas y los derechos fundamentales que se ven afectados, sin antes hacer una referencia a la intervención de las comunicaciones con carácter

---

<sup>3</sup> FUENTES SORIANO, O., "El valor probatorio de los correos electrónicos" en ASENIO MELLADO (Dir.) y FERNÁNDEZ LÓPEZ (Coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 183-210

general, luego había que abordar el tema del secreto de las comunicaciones y dentro de eso los límites que se puede interponer al secreto.

Luego para llegar a las intervenciones de las comunicaciones previamente se tuvo que estudiar las diligencias de investigación tecnológica a la luz de la reforma de la LECrim de 2015, dentro de esta parte los principios rectores y otras disposiciones comunes para todas las diligencias de investigación.

Y finalmente, para poder comprender qué son las diligencias de investigación tecnológica se ha hecho con anterioridad una investigación de qué son las diligencias de investigación con carácter general, qué órganos son competentes para su ejecución, y se ha aclarado las diferencias entre los conceptos que son fáciles de confundir, tales como actos de investigación y actos de prueba.

La metodología seguida para la realización de este trabajo ha atravesado por las siguientes fases: la fase de recopilación de la información, a tal fin al margen de la Biblioteca de la UMH y la normativa correspondiente, se ha utilizado información digitalizada, procedente de bases de datos tales como Aranzadi y Sepín, asimismo, del portal bibliográfico Dialnet, se ha acudido también al diccionario de la Real Academia Española y otros recursos web; la fase de estudio, para este fin se ha seguido una metodología deductiva, que va de lo general a lo particular; y, por último, la fase de la propia redacción del trabajo sistematizando y ordenando la información recopilada y estudiada con anterioridad.

## 1. Las diligencias de investigación

### 1.1. Concepto

Las diligencias de investigación son actos procesales que se realizan en la fase instructora del proceso penal. La mejor definición de las diligencias de investigación es la que nos ofrece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando que son aquellas actuaciones policiales, fiscales o judiciales realizadas en la fase de instrucción, “encaminadas a preparar el juicio (oral) y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas...”<sup>4</sup>

En primer lugar, es importante determinar cuáles son fines de las diligencias de investigación. Así, según CAMPOS SÁNCHEZ y ORENES BARQUERO hay tres posiciones en cuanto a los fines de la instrucción: la primera entiende que el fin principal es la preparación del juicio, la segunda ve la instrucción como preparación de la acusación y la tercera la conceptúa como determinante del enjuiciamiento. Estos autores sostienen que ha de prevalecer la última posición, ya que “no ha de darse el juicio si no hay base racional para ello, de tal forma que, tanto ha de interesar que se someta a juicio quien aparece como presunto responsable de un delito como que no se someta aquella persona sobre la que no recaen indicios de criminalidad.”<sup>5</sup>

Sin embargo, la mayoría de los autores, entre los que están ASECIO MELLADO<sup>6</sup>, PÉREZ ESTRADA<sup>7</sup>, y también la reiterada doctrina del TC, señalan que la finalidad específica de los actos de investigación es la de formular acusación y preparar el juicio oral, ya que aporta al proceso “los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del

---

<sup>4</sup> LECrim, Artículo 299

<sup>5</sup> CAMPOS SÁNCHEZ, M., ORENES BARQUERO, M., “Las diligencias de investigación en el proceso penal, Selección de jurisprudencia”, [http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver\\_articulo.php?articulo=111](http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=111), p. 78

<sup>6</sup> ASECIO MELLADO, J., *Derecho procesal penal*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 149

<sup>7</sup> PÉREZ ESTRADA, M.J., “La investigación del delito a través de las nuevas tecnologías. Nuevos medios de investigación en el proceso penal”, Monografías (Civitas), Editorial Aranzadi, BIB 2010\7092, <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, Julio DE 2010, p. 2

debate contradictorio atribuido al juzgador.”<sup>8</sup> Es decir, se entiende en este caso que las diligencias de investigación tienen como función básica la de preparar el juicio oral, servir para la adopción de la decisión de formular acusación o, por el contrario, sobreseer el procedimiento. De esta manera, cuando haya indicios racionales de criminalidad contra una persona determinada procede la apertura del juicio oral, en caso contrario se archiva la causa.<sup>9</sup> En otras palabras, las diligencias de investigación son actos de aportación de hechos a la instrucción, dirigidos a investigar el hecho punible y su posible autoría.

En segundo lugar, partiendo del artículo 299 de la LECrim, podemos concluir que el fin principal de preparar el juicio oral consiste en los siguientes objetivos: averiguar y hacer constar la perpetración del delito; averiguar y hacer constar todas las circunstancias que puedan influir en la calificación del delito y la culpabilidad de los delincuentes; asegurar las personas de los delincuentes y asegurar las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

En tercer lugar, después de haber determinado los fines y objetivos de las diligencias de investigación, hay que señalar que éstas tienen distintas clasificaciones. Se pueden clasificar por el órgano que las practica, en cuyo caso se distinguen entre diligencias policiales, fiscales y judiciales. Se pueden clasificar por el momento en el que se practican, en cuyo caso distinguimos entre pre-procesales y procesales. Y se pueden clasificar en función de la finalidad de la diligencia de investigación, en cuyo caso se diferencian entre las diligencias que tienen como finalidad buscar y obtener fuentes de investigación o las que constituyen en sí mismas fuentes de investigación.

Para analizar las diligencias de investigación en función del órgano que las practique empezaremos por decir que las diligencias policiales son las actuaciones realizadas por la Policía Judicial antes de la iniciación del proceso penal (judicial), dirigidas a esclarecer los hechos presuntamente delictivos y su supuesto autor. De la misma manera, las diligencias fiscales son las actuaciones que realiza el Ministerio Fiscal imprescindibles para comprobar el

---

<sup>8</sup> STC 161/1990 de 19 octubre, RTC 1990\161

<sup>9</sup> ASENCIO MELLADO, J., *Derecho procesal...*, Op. Cit., p. 149

hecho y la persona presuntamente responsable del mismo.<sup>10</sup> Asimismo, hay que entender, que las diligencias practicadas por la Policía Judicial por orden del Ministerio Fiscal también son fiscales porque en este caso la Policía se encuentra en la estricta dependencia del Ministerio Fiscal.

Los actos de investigación judicial “son ordenados por el Juez de Instrucción competente, bien de oficio, bien a instancia del Ministerio Fiscal o de otras partes acusadoras y del imputado... Una vez incoado el procedimiento preliminar judicial todos los actos de investigación han de ser ordenados por el Juez, aunque en ocasiones la ejecución material del acto pueda confiarse a la Policía Judicial, pero siempre teniendo en cuenta que entonces la Policía actúa bajo la inmediata dependencia del Juez; no es la Policía la que realiza el acto, es el Juez aunque utilizando a la Policía”.<sup>11</sup>

También, las diligencias de investigación pueden ser clasificadas de la siguiente manera: por un lado las diligencias pre-procesales, y por otro lado las diligencias practicadas una vez iniciado el proceso penal.

Las diligencias pre-procesales son las que se practican antes de que se incoe el proceso penal, como son las diligencias policiales a prevención o las diligencias preliminares del Ministerio Fiscal. Estas diligencias se llevan a cabo con el objetivo de averiguar los hechos y la persona del presunto delincuente para que el Juez pueda incoar el proceso. Y en cambio, las diligencias sumariales, son las que practican en el seno de un proceso penal ya incoado, es decir, las que se llevan a cabo en la fase instructora bajo la dirección del Juez competente para el asunto.<sup>12</sup>

Otra de las clasificaciones es la propuesta por MONTERO AROCA, y es la siguiente: por una parte, actos que tienen por finalidad buscar y obtener las

---

<sup>10</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILLAR, S., *Derecho jurisdiccional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 138

<sup>11</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILLAR, S., *Derecho jurisdiccional*, *Op. Cit.*, p. 167

<sup>12</sup> ABEL LLUCH, X., RICHARD GONZÁLEZ, M. (Direct.), *Estudios sobre prueba penal*, Volumen I, Ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 123

fuentes de la investigación, tales son entrada y registro en lugar cerrado, registro de libros y papeles, detención de la correspondencia postal, telegráfica e intervención telefónica, y por otra, actos que constituyen por sí mismos las fuentes de investigación: inspección ocular, declaraciones de testigos, careos, informe pericial, documentos, identificación del imputado, e injerencias corporales.<sup>13</sup>

En cuarto lugar, como bien señala ABEL LLUCH, es importante diferenciar entre los actos de investigación, de instrucción y los de prueba en el proceso penal. Son diligencias procesales penales relacionadas entre sí pero tienen distinto objetivo, contenido y motivación.<sup>14</sup>

Para evitar la confusión en la que suele caerse entre los actos de investigación y los actos de instrucción partiremos de una inicial diferenciación entre ambos.

Desde una perspectiva semántica, el término *investigar* tiene una triple acepción, según la Real Academia Española, en primer lugar es "indagar para descubrir algo", en segundo lugar es "indagar para aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente" y en tercer lugar es "realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia". Mientras que el término "instruir" tiene significado de "tramitar un procedimiento administrativo o judicial".<sup>15</sup>

Se trata, por tanto, de una falsa asociación entre esos conceptos, porque no todos los actos de investigación son de instrucción ni viceversa. Como afirma GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, "instruir comporta una actividad jurídica e investigar es una actitud material susceptible de ser realizada por personas

---

<sup>13</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILLAR, S., *Derecho jurisdiccional*, Op. Cit., pp. 166-167

<sup>14</sup> ABEL LLUCH, X., RICHARD GONZÁLEZ, M. (Direct.), *Estudios sobre prueba...*, Op. Cit., p. 119

<sup>15</sup> Diccionario de la Real Academia Española, [www.rae.es](http://www.rae.es), consultado 14/04/2017

legas en Derecho pues se centra en averiguar la verdad histórica de lo que ocurrió en el caso concreto”.<sup>16</sup>

PÉREZ ESTRADA señala respecto a esto que “la investigación forma parte de la instrucción. Por su parte, la instrucción o fase preliminar es la primera fase del proceso; es necesaria para que se instruyan el Juez y las partes procesales y para preparar la fase del juicio oral, en la cual se decide su apertura o, por contra, su cierre o archivo”.<sup>17</sup> Añade esta autora que las diligencias de investigación son una actividad previa que tiene por objetivo buscar una información que sea relevante para el proceso. Es decir, podemos entender que la investigación empieza antes del inicio del proceso penal con las diligencias pre-procesales y continúa también durante la fase de instrucción, por tanto los actos de investigación no son actos de instrucción aunque pueden confundirse cuando están practicados por el mismo órgano en la fase de instrucción. Es por ello que LÓPEZ RUIZ señala que los actos de investigación son “extraprocesales” respecto de los actos de instrucción,<sup>18</sup> pueden tener lugar antes de que se inicie el proceso, es decir, pueden ser pre-procesales.

De esta manera, en la fase de instrucción se suele confundir entre estos dos tipos de diligencias, ABEL LLUCH destaca la importancia de distinguirlas sosteniendo que los actos de investigación son los que averiguan las circunstancias del delito, esto es, la existencia del hecho, cómo ha sucedido éste y la existencia de una persona sospechosa de ser su autor, o lo que es lo mismo, la persona que presuntamente haya realizado el hecho, mientras que los actos de instrucción son los que sirven para ver si hay o no indicios racionales de criminalidad a fin de sostener o no la acusación, buscar los elementos suficientes para formular la acusación.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “ Valor de las diligencias probatorias practicadas en fiscalía en sede de instrucción: las consecuencias de la STS 980/2016, de 11 de enero de 2017”, Editorial Sepín, SP/SENT/885855, , <https://www.sepin.es> , marzo, 2017, p. 8

<sup>17</sup> PÉREZ ESTRADA, M.J., “La investigación del delito...”, *Op. Cit.*, p. 2

<sup>18</sup> LÓPEZ RUIZ, F., “Notas de epistemología procesal. El conocimiento de los hechos: juez instructor/vista - oral en el proceso penal”, *Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/61789/1/2016\\_Lopez-Ruiz\\_RIEDPA.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/61789/1/2016_Lopez-Ruiz_RIEDPA.pdf) , N° 2, julio, 2016, p. 16

<sup>19</sup> ABEL LLUCH,X., RICHARD GONZÁLEZ,M. (Direct.), *Estudios sobre prueba...*, *Op. Cit.*, p. 133

Asimismo, señala ABEL LLUCH que los actos de investigación pueden ser llevados a cabo tanto por el Juez, como por la Policía Judicial, Ministerio Fiscal e, incluso, por las partes del proceso (ya que para interponer una querrela han de basarse en una investigación previa), mientras que los de instrucción sólo son competencia del juez, salvo el procedimiento de responsabilidad penal del menor en el que el Ministerio Fiscal ostenta las facultades instructoras.<sup>20</sup>

Toda esta situación adquiere diferencias en el proceso penal del menor, porque éste es el único procedimiento en el cual instruye el Fiscal, por tanto es importante en este caso diferenciar los actos de investigación de los actos de instrucción del Fiscal. Para ello hay que señalar que “sólo cuando se delimite subjetivamente el proceso (es decir, cuando el presunto delincuente es una persona menor de edad penal), podrá incoarse por la Fiscalía de Menores el correspondiente procedimiento instructor contemplado en la Ley del Menor”<sup>21</sup>, y a partir de este momento los actos de investigación del fiscal cesan y se practican los actos de instrucción fiscales.

A continuación, ABEL LLUCH para explicar mejor la distinción entre estos dos tipos de actos señala que existen muchas diligencias de instrucción que no se refieren a los hechos objeto de investigación criminal, sino a otras cuestiones, como por ejemplo, la citación o notificación de resoluciones judiciales. En cuanto a la consideración que asocia todas las diligencias de investigación con las de instrucción, este autor entiende que tampoco es así ya que la instrucción y la investigación criminal son dos actividades distintas, aunque pueden confundirse cuando las realice el mismo órgano. Se da esta situación cuando la investigación se lleva a cabo por el Juez instructor competente y para ello podrá realizar los actos de investigación que estime necesarios. “Ahora bien, esta competencia no limita la de otros funcionarios públicos o personas privadas para la investigación de hechos de relevancia criminal, que

---

<sup>20</sup> ABEL LLUCH,X., RICHARD GONZÁLEZ,M. (Dir.), *Estudios sobre prueba...*, Op. Cit., p. 134 y p. 262

<sup>21</sup> BELTRÁN MIRALLES, S., SOSPEDRA NAVAS, F., “Procedimiento Abreviado: las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal” Editorial Aranzadi, (BIB 2011\5296) ISBN978-84-470-3514-4, <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, Febrero, 2011, p. 1

no tendrán la consideración de instrucción mientras no sean aportados al proceso.”<sup>22</sup>

## 1.2. Actos de investigación y actos de prueba

Los actos de investigación y los actos de prueba son actos procesales de similares características y por tanto tienden a confundirse cuando en realidad responden a conceptos distintos y tienen distintas finalidades. Es por ello que se considera necesario abordar ahora el estudio de las diferencias entre uno y otro tipo de actos procesales.

Los actos de investigación, como ya se ha señalado, son “los que se realizan en el procedimiento preliminar (sumario o diligencias previas) para descubrir los hechos criminales que se han producido y sus circunstancias, y la persona o personas que los hayan podido cometer” <sup>23</sup>de esta manera cuando se acaba la investigación o bien se inicia el juicio oral, o bien se sobresee la causa.

Mientras que los actos de prueba son “la actividad procesal, de las partes (de demostración) y del Juez (de verificación), por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos alegados al proceso.”<sup>24</sup>

Como regla general, los actos de investigación no tienen en sí mismos valor probatorio, es decir, no son actos de prueba. Según la consolidada doctrina del TC, “únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la

---

<sup>22</sup> ABEL LLUCH,X., RICHARD GONZÁLEZ,M. (Dir.), *Estudios sobre prueba...*, Op .Cit., p. 167

<sup>23</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILLAR, S., *Derecho jurisdiccional...*, Op. Cit., p. 166

<sup>24</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILLAR, S., *Derecho jurisdiccional...*, Op. Cit., p. 300

convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes”.<sup>25</sup>

La misma idea puede encontrarse en COLMENERO MENÉNDEZ, cuando afirma que “los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral (celebrado en condiciones de igualdad entre acusador y acusado, y con respeto a los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad)”.<sup>26</sup>

De esta manera los actos de investigación sólo deberían tener su vigencia en la fase instructora, pero eso no es siempre así. Muchas diligencias de investigación son irrepetibles y por tanto tienen que extender sus efectos hasta el juicio oral y tener valor probatorio, esas son las pruebas pre-constituidas y las pruebas anticipadas, que son pruebas practicadas durante la fase instructora.<sup>27</sup>

La doctrina del TC, asimismo, señala que “cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o pre-constituida... Esta posibilidad está justificada por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa”<sup>28</sup> Este tema se profundizará con más detenimiento en las páginas siguientes de este trabajo.

La finalidad de los actos de investigación no es fundamentar la sentencia, sino fundamentar la investigación y preparar el juicio oral. Sin embargo, la prueba es el medio a través del cuál se traslada al juez el conocimiento necesario para

---

<sup>25</sup> STC 161/1990 de 19 octubre, RTC 1990\161

<sup>26</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE JUARCA, M., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Tomo I (Dir. ANTONIO PABLO RIVES SEVA) Aranzadi, Navarra, 2016, p. 200

<sup>27</sup> ASENSIO MELLADO, J., *Derecho procesal...*, Op. Cit., p. 149

<sup>28</sup> STC 137/1988 de 7 julio, RTC 1988\137

que resuelve el conflicto, y por tanto, tiene como finalidad convencer al Juez sobre si ocurrieron o no determinados hechos y cómo ocurrieron para que el Juez pueda fundamentar la sentencia. Es decir, la sentencia se fundamenta siempre en los actos de prueba y nunca en los actos de investigación. Es la prueba la que está “dirigida a que el Juez o Tribunal alcance la plena certeza acerca de la autoría del imputado en los hechos de que ha sido objeto de acusación, por lo que ante la duda ha de suponer su absolución. Es por ello su valoración es radicalmente distinta.”<sup>29</sup>

Como bien señala RUIZ BADILLO, “sólo puede servir de plataforma a la condena aquello que el Juez o Tribunal que va a sentenciar, “ve”, “oye” y “capta” por sus ojos, por sus oídos y por sus sentidos.”<sup>30</sup> Es decir, la prueba ha de ser practicada en el juicio oral de tal “forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes”.<sup>31</sup>

Para que un acto procesal sea un acto de prueba necesariamente ha de respetar ciertos principios, pues sin ellos no podrá alcanzar valor probatorio. Estos principios son los de inmediación, igualdad de armas, contradicción y defensa. Asimismo, como regla general (aunque en adelante vamos a hacer determinadas precisiones) los actos de prueba han de practicarse en el acto del juicio oral.

Respecto a estos principios hay cierta polémica. Hay quien piensa que el sistema español es demasiado garantista, así DÍEZ RIPOLLÉS sostiene que el modelo garantista es inadecuado para la actualidad normativa y político-criminal, señalando que “pecado original del garantismo ha sido su inmovilismo. La defensa de ciertos principios considerados intocables le ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e

---

<sup>29</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal ...*, Op. Cit, p. 152

<sup>30</sup> RUIZ VADILLO, E., “Valor de las diligencias practicadas por la policía judicial en el proceso penal”, EGUZKILORE, Número 11, San Sebastián, Diciembre 1997 (p. 99 – 111), <http://www.ehu.es/documents/1736829/2174306/10-valor-diligencias-policiales.pdf>, p. 102

<sup>31</sup> STS, Sala de lo Penal, 544/1996 de 19 de julio RJ 1996\6071

ineludibles necesidades sociales”.<sup>32</sup> Sin embargo, hay muchos partidarios del actual sistema procesal español. Uno de estos últimos, por ejemplo, es RUIZ VADILLO, quien afirma que “el sistema de plenitud de garantías produce unos beneficios a lo que podemos llamar el espíritu de la sociedad, a la tranquilidad de conciencia de una comunidad bien formada en estos ideales, en el sentido de que es muy preferible la absolución de algunas personas que merecerían ser condenadas, a la condena de quien es inocente”.<sup>33</sup> Compartimos esta última idea, ya que la dignidad humana es uno de los valores más importantes que tiene una persona.

En cuanto al principio de igualdad de armas este autor señala que no se respeta éste en el proceso penal español, y afirma que es totalmente correcto que rija la desigualdad en este sentido porque el acusador y el acusado están en la posición desigual y “es tarea del Derecho tratar desigualdad a los desiguales para obtener una cierta igualdad”.<sup>34</sup> Esta argumentación parece bastante lógica porque las partes no se encuentran en la misma posición y no tienen los mismos derechos. Como ejemplo puede servir que el acusado tiene el derecho a que le informan de la acusación, sin embargo el acusador no tiene tal derecho, asimismo, el acusado tiene derecho de no decir la verdad, e incluso mentir, mientras que el acusador no lo puede hacer sin incurrir, en su caso, en unas figuras delictivas.<sup>35</sup>

Respecto al principio de contradicción, la doctrina del TC sostiene que “ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido..., pues, el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos”.<sup>36</sup> Por tanto, la contradicción es, por tanto, una de las reglas esenciales del proceso, para que la actividad probatoria sea válida ya se trate

---

<sup>32</sup> Vid. por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, marzo, 2004, p. 22

<sup>33</sup> RUIZ VADILLO, E., “Valor de las diligencias...”, *Op. Cit.*, p. 102

<sup>34</sup> RUIZ VADILLO, E., “Valor de las diligencias...”, *Op. Cit.*, p. 104

<sup>35</sup> RUIZ VADILLO, E., “Valor de las diligencias...”, *Op. Cit.*, pp. 105-106

<sup>36</sup> STC 155/2002 de 22 julio. RTC 2002\155

de diligencias sumariales que se aportan al juicio oral como prueba preconstituida. Como bien puede apreciarse, este principio está íntimamente relacionado con el derecho de defensa en el proceso penal.

Otro punto a destacar es que en el ámbito de la prueba rige el principio de inmediación e, incluso desde punto de vista semántico, (según la segunda acepción de este término en el Diccionario de la Real Academia Española) inmediación es “presencia de un Juez o Magistrado en la práctica de diligencias probatorias, en la comparecencia de las partes y en las vistas.”<sup>37</sup> Como bien explica LÓPEZ RUIZ, “no cabe duda que el concepto jurídico procesal de inmediación implica presencia física y proximidad en un espacio (sala) y respecto a unas personas y unos actos (partes) por parte de un Tribunal y contigüidad por relación a ambos.”<sup>38</sup> Y añade este autor, que, como regla general, esa presencia física ha de tener lugar en la Sala de juicio oral y no en cualquier otro lugar para que se respete el principio de inmediación.

En cuanto a su estructura los actos de prueba presuponen la realización de las afirmaciones de hechos que constituyen su objeto, en tanto que los actos de investigación se realizan con anterioridad a la formulación de tales afirmaciones y su finalidad es aportar aquellos elementos necesarios para posibilitar la realización de las mismas.

Los actos de investigación, como ya se ha señalado con anterioridad, tienen por objetivo introducir los hechos en el procedimiento y contribuir a formar en el Juez el juicio de probabilidad suficiente para disponer la imputación y adoptar las oportunas medidas cautelares (motivos suficientes para acusar o indicios racionales de criminalidad), señala el TC que los actos de investigación no son pruebas, ya que “su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio

<sup>37</sup> Diccionario de la Real Academia Española, [www.rae.es](http://www.rae.es), consultado 15/04/2017

<sup>38</sup> LÓPEZ RUIZ, F., “Notas de epistemología procesal...”, *Op. Cit.*, p. 13

atribuido al juzgador.”<sup>39</sup> Sin embargo, en el momento de dictar una sentencia se requiere que el juzgador esté plenamente convencido de la responsabilidad, convencimiento que debe estar basado en actos de prueba.

### 1.2.1. Excepciones a la regla general

No obstante, en determinados casos algunos actos instructorios pueden alcanzar valor probatorio. En general las diligencias de investigación se llevan a cabo por la Policía Judicial y por el Ministerio Fiscal, pero para poder después obtener valor probatorio han de ser practicadas ante el Juez instructor con todas las formalidades legales. En estos casos, cuando los actos de investigación se llevan a cabo ante el Juez con todas las garantías, es decir, a presencia del abogado y a presencia del Ministerio Fiscal para que la pudiera contradecir y se ratifican o reproducen en el acto del juicio oral, determinados actos de investigación pueden llegar a obtener valor probatorio. Como ejemplo puede servir una medida en relación con menores, la toma de declaración del menor durante la fase de instrucción se graba y en muchas ocasiones para evitar la victimización secundaria se reproduce esa grabación en el acto del juicio oral y en este caso si se cumplen los demás requisitos esta diligencia instructora llega a alcanzar el valor probatorio.

El TC señala respecto a esta posibilidad que “(la) jurisprudencia ha afirmado expresamente que dicha regla general admite excepciones, que en cuanto tales han de ser interpretadas restrictivamente a través de las cuales puede considerarse conforme a la Constitución integrar en la valoración probatoria el resultado de ciertas diligencias sumariales que, habiéndose practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sean reproducidas en el acto del juicio, de modo que quede suficientemente garantizada la contradicción.”<sup>40</sup>

De esta manera, siguiendo a COLMENERO MENÉNDEZ<sup>41</sup> estos casos de excepciones a la regla general cuando las diligencias sumariales practicadas

---

<sup>39</sup> STC 137/1988 de 7 julio. RTC 1988\137 y STC 217/1989, 21 diciembre

<sup>40</sup> STC 206/2003 de 1 diciembre. RTC 2003\206 y 155/2002 de 22 julio. RTC 2002\155

<sup>41</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE JUARCA, M., *La prueba en el proceso...*, Op. Cit., p.201

con respeto a las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen pueden sistematizarse en la forma en que se recoge a continuación.

En primer lugar, hay que hacer referencia a los supuestos en que las diligencias investigadoras, practicadas con las formalidades legales, entran en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, esto es posible en los siguientes casos: o bien cuando se trate de prueba documental o bien cuando un testigo que haya declarado en el juicio en un sentido y en la fase de instrucción haya declarado en otro sentido. En este último caso se ponen de manifiesto las contradicciones (art. 714 LECrim), o se hacen preguntas o repreguntas en el plenario, y el Tribunal puede optar por una u otra versión. Es decir, es necesario que el acto de instrucción que pretende alcanzar valor probatorio se hubiere realizado cumpliendo todas las formalidades y requisitos que el propio acto de instrucción le exige y que, además, se reproduzca en el juicio oral para estar sometido a la contradicción. En este caso el Tribunal sentenciador podrá valorar el resultado del acto como prueba, “ya sea por sí misma o haciéndola prevalecer frente a otra prueba que se hubiere practicado en el acto del juicio oral. Esto es lo que sucede en el caso de la valoración como prueba de las declaraciones sumariales, frente a la realizada en el plenario, en el supuesto de existir contradicción entre ambas declaraciones”.<sup>42</sup>

También a este supuesto cabe añadir los casos en que el acusado opte por acogerse a su derecho a no declarar en el acto del juicio oral. En tales supuestos también rige el art. 714 LECrim, es decir, puede admitirse el valor probatorio de su declaración anterior si este acto de investigación ha cumplido los requisitos que se exigen por la normativa para considerarse acto instructorio aunque no se ha sometido a la contradicción porque el acusado se ha optado por no declarar, es decir, aunque no se ha cumplido la exigencia formal de la contradicción.

---

<sup>42</sup> ABEL LLUCH,X., RICHARD GONZÁLEZ,M. (Direct.), *Estudios sobre prueba...*, Op.Cit., p. 159

Señala el TS respecto a esto “cuando el dato de cargo no ha sido afirmado en el acto del juicio sino en alguna manifestación anterior, debe actuarse conforme al procedimiento referido en el art. 714 LECrim, esto es, mediante la lectura de las declaraciones anteriores e invitando al interrogado a que explique las diferencias o contradicciones existentes, aplicable este artículo no sólo a la prueba testifical a la que literalmente se refiere, sino también a las declaraciones de los acusados, y no sólo a las practicadas a instancia de parte, sino también a las acordadas de oficio”.<sup>43</sup> Y este interrogatorio que se realiza después de la lectura de las anteriores declaraciones “en presencia y con el protagonismo de las partes, el que hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, de manera que, en tales casos, el órgano judicial, podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio, tenga mayor credibilidad.”<sup>44</sup>

En segundo lugar, se puede acudir a la vía del artículo 730 de la LECrim. En este caso “el Tribunal puede tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando resulte imposible o no sea factible lograr la comparecencia del testigo, siempre que sus declaraciones en el sumario hayan sido prestadas de manera inobjetable, con resultados concluyentes y con acatamiento de las normas que las regulan y sin merma alguna de los derechos fundamentales, especialmente el derecho de defensa”.<sup>45</sup>

En cuanto a estos dos supuestos de los arts. 714 y 730 LECrim, el TC los ha declarado conformes a la Constitución y ha destacado la necesidad de que en estos casos, “dado su carácter secreto, el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través

---

<sup>43</sup> STS 1541/2004 de 30 diciembre. RJ 2005\511 (Aranzadi) entre otras. Esta sentencia aborda el caso de un condenado como autor en delito de terrorismo que alegó por vulneración del derecho a la presunción de inocencia ya que optó por su derecho a no declarar en el plenario. El condenado “solo reconoció, siempre en sus declaraciones anteriores, haber participado él solo en la colocación de artefactos explosivos en el edificio...”

<sup>44</sup> STC 155/2002 de 22 julio. RTC 2002\155

<sup>45</sup> STS 1234/1997 de 6 de octubre (RJ 1997\6971)

de los interrogatorios, pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, intermediación y contradicción.”<sup>46</sup>

En tercer lugar, dentro de las excepciones a la regla general sobre la práctica de la prueba en el acto del juicio cabe señalar también las diligencias sumariales, practicadas con todas las garantías, que contienen datos objetivos de cargo, si nada prueba su irrealidad. Es el caso como, por ejemplo, el resultado de la práctica de la prueba alcohométrica.

En cuarto lugar, los informes periciales practicados por funcionarios de los organismos oficiales si no hay expresa impugnación del dictamen en los escritos de conclusiones. Y si haya la impugnación debería ser sometido ese dictamen a contradicción en el juicio oral.

Y, por último, las tasaciones periciales sobre el valor de los objetos sustraídos también llegan a tener el valor probatorio, ya que en este caso, según estableció el TS en su sentencia de 21 de junio de 1991, “tales pruebas pueden ingresar como documental por la vía del artículo 730 de la Ley Procesal, ya que, hacer comparecer al perito se limitaría, en definitiva, a un nuevo formalismo de ratificación...cuando además la Defensa no puso en duda en el proceso tales valoraciones, ni propuso prueba alguna encaminada a desvirtuarlas...”<sup>47</sup>

### **1.2.2. Prueba anticipada y prueba pre-constituida**

En este contexto, dos realidades que también tienden a confundirse son la prueba anticipada y la prueba pre-constituida. Ante todo, hay que señalar que no son actos de investigación sino son actos de prueba que se practican en la

---

<sup>46</sup> STC 155/2002 de 22 julio. RTC 2002\155

<sup>47</sup> STS, Sala de lo Penal, 21 junio 1991. RJ 1991\4783

fase instructora y, por tanto, para su práctica se exigen los mismos requisitos que para práctica de la prueba.

Para poder entender la diferencia entre una y otra prueba conviene partir del concepto de cada una de ellas.

La prueba pre-constituida “es una prueba documental, que puede practicar el Juez de instrucción y su personal colaborador (Policía Judicial y Ministerio Fiscal) sobre hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización de juicio oral. Por ello, dicha prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba, que, bajo determinadas garantías formales, de entre las que destaca la de garantizar la «posibilidad de contradicción», posibilitan su introducción en el juicio oral, a través de la lectura de documentos (art. 730), como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena”.<sup>48</sup>

La prueba anticipada es la que se practica en la fase de instrucción “que permite también extender la actividad cognoscitiva del Tribunal sentenciador a determinados actos probatorios “irrepetibles”... La prueba sumarial anticipada participa del mismo presupuesto (la irrepetibilidad del hecho) y de los mismos requisitos subjetivos (independencia de la Autoridad que la interviene y posibilidad de contradicción) y formales (entrada en el juicio oral mediante la lectura de documentos) que la prueba pre-constituida”.<sup>49</sup>

Como bien puede apreciarse, hay ciertas diferencias entre estos dos tipos de prueba. Por un lado, mientras que la prueba pre-constituida siempre es documental, la anticipada es personal, puede ser testifical o pericial; y por otro lado, difieren también en cuanto al órgano que las practica, en el caso de la prueba pre-constituida puede ser el Juez de instrucción, la Policía Judicial o el

---

<sup>48</sup> GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la policía judicial”, Revista catalana de seguritat pública, mayo 2010, p. 38

<sup>49</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 315

Ministerio Fiscal, mientras que en caso de la prueba anticipada sólo es el Juez instructor.<sup>50</sup>

Una vez visto el concepto y las diferencias de cada una de estas pruebas, cabe destacar, aunque ya se ha señalado con anterioridad, que ninguna de ellas son diligencias de investigación sino diligencias de prueba. Tal y como se ha visto con anterioridad, cumplen finalidades distintas, las diligencias de investigación se dirigen a descubrir algo que se desconoce; mientras que el acto de prueba “se dirige a verificar la verdad de una afirmación de hecho realizada por la parte.”<sup>51</sup>

A continuación, procede detenernos en el análisis de los requisitos comunes para la práctica de estas pruebas. Respecto a éstos el Tribunal Constitucional ha establecido:

En primer lugar tiene que versar sobre hechos que no pueden ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral, es el requisito material. Como señala el TC “sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida... Esta posibilidad está justificada por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa.”<sup>52</sup>

En segundo lugar el requisito subjetivo, es decir que los actos sean intervenidos por el Juez de instrucción. Excepto algunas situaciones especiales de urgencia en las que también esté habilitada la Policía Judicial para realizar determinados actos de prueba. Con este requisito se garantiza el principio de inmediación.

---

<sup>50</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho...*, Op.Cit., p. 315

<sup>51</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILLAR, S., *Derecho jurisdiccional...*, Op. Cit., p. 166

<sup>52</sup> STC 137/1988 de 7 julio. RTC 1988\137

En tercer lugar es necesario que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre se le debe permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de la prueba, para que pueda interrogar al testigo o al perito. Es el requisito objetivo.

Y por último el requisito formal, por un lado, la exigencia de que el régimen de ejecución de la prueba sea el mismo que el del juicio oral, y, por otro lado, que su objetivo introducido en el juicio mediante la lectura de documentos.<sup>53</sup>

En resumen, con las palabras propias del TC, de la doctrina general de la prueba hay que “exceptuar los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada que también se manifiestan aptos para fundamentar una sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 LECrim), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se le debe proveer de Abogado al imputado -cfr. arts. 448.1.º y 333.1.º) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730).”<sup>54</sup>

### **1.3. Órganos competentes**

En el procedimiento penal corresponde al Juez de instrucción, al Fiscal y a la Policía Judicial realizar los actos de investigación tanto antes del inicio del procedimiento como una vez incoado éste, en la búsqueda de la verdad material y con el fin de posibilitar posteriormente el sostenimiento de la acusación.

#### **1.3.1. El Juez**

Para que el Juez pueda iniciar una instrucción es necesario que éste tenga conocimiento de un hecho delictivo o, al menos, aparentemente delictivo, es

---

<sup>53</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE JUARCA, M., *La prueba en el proceso...*, Op .Cit, p. 204

<sup>54</sup> STC 303/1993 de 25 octubre. RTC 1993\303

decir, ha de preexistir una investigación pre-procesal que averigüe la existencia de ese hecho presuntamente delictivo.<sup>55</sup>

Las diligencias judiciales son las practicadas en el seno del proceso penal, han de ser ordenadas por el Juez aunque pueden ser practicadas tanto por el propio Juez tanto por la Policía Judicial.

En el ámbito del proceso de menores de presentan algunas particularidades derivadas del hecho de que el órgano instructor no es el Juez sino el Ministerio Fiscal.

Las diligencias instructoras las ordenará siempre el Ministerio Fiscal excepto en lo que concierne a alguna restricción de los derechos fundamentales o a las medidas cautelares, en las que el Fiscal no tiene competencia y tiene que solicitar autorización del Juez, en palabras propias de la Fiscalía General del Estado “la LO 5/2000 configura, durante la fase de investigación, un modelo basado en la figura de un Fiscal instructor y un Juez de Menores que, en ese momento procedimental, adopta un rol de puro “Juez de garantías”, ajeno por completo a la labor instructora, pues interviene únicamente cuando el Fiscal le solicita medidas cautelares (art. 28 LORPM); la declaración de secreto del expediente (art. 24 LORPM); y la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales (art.23.3 LORPM).”<sup>56</sup>

Como bien apunta HOYA COROMINA, la fase de instrucción sirve para que se estudien por el Juez los hechos puestos en su conocimiento y tras efectuar las investigaciones y pronunciamientos jurídicos pertinentes se llegue a una conclusión y se decida si archivar la causa o abrir el juicio oral.<sup>57</sup>

Apunta este autor que “lo esencial de la función instructora es la labor de naturaleza jurídica mediante la cual se adoptan decisiones que permiten

---

<sup>55</sup> LÓPEZ RUIZ, F., “Notas de epistemología procesal...”, *Op.Cit.*, p. 18

<sup>56</sup> Fiscal de Sala Coordinador de Menores. Fiscalía General del Estado, “DICTAMEN 4/2016, sobre la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art. 23.3 LORPM”, Editorial Sepín, SP/DOCT/22328, <https://www.sepin.es>, enero, 2017, p. 1

<sup>57</sup> HOYA COROMINA, J., “Investigación e instrucción: diferencias y garantías. Alternativas de futuro”, publicado en <http://www.poderjudicial>, 17 de abril de 2008, p. 5

valorar y asegurar el acervo probatorio, y decidir sobre las personas y objetos del proceso, es natural que sea una función que se asigne a autoridades públicas, con el poder y conocimientos necesarios para poder conducir a buen puerto, el proceso.”<sup>58</sup>

En cuanto a las diligencias de investigación judiciales, la doctrina del TC señala que con independencia de que las partes acusadoras aporten los hechos por medio de la denuncia, de la querrela o de las diligencias que puedan proponer en el seno de la instrucción “es al Juez de Instrucción a quien corresponde la introducción del material de hecho en la fase instructora (art. 306 LECrim) haciendo uso de los medios que ponen a su disposición los Títulos V a VIII de la LECrim. Esta competencia originaria sobre las diligencias de investigación es compartida por el Juez en nuestro actual ordenamiento con otras autoridades, que pueden actuar por delegación suya, con la Policía Judicial, actuando bajo su dependencia o la del Ministerio Fiscal, y con el mismo Ministerio Público. Y es independiente de su competencia exclusiva sobre aquellos actos de investigación o medidas cautelares que puedan entrañar alguna restricción de derechos fundamentales.”<sup>59</sup> De todo lo anterior pueden extraerse las siguientes conclusiones: en primer lugar, que el Juez es el que dirige la fase instructora; en segundo lugar, que en dicho ámbito procesal éste puede practicar las diligencias de investigación por sí mismo o delegarlas en otros órganos, como la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal; y en tercer lugar que tiene el Juez competencia exclusiva para acordar aquellos actos de investigación que afecten a los derechos fundamentales.

Para que el Juez acuerde la práctica de un acto de investigación tiene que tener en cuenta “los requisitos de pertinencia de ésta, posibilidad de su práctica, relevancia, necesidad, así como si con ella se vulneran derechos fundamentales o no, y si procede dicha vulneración.”<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> HOYA COROMINA, J., “Investigación e instrucción...”, *Op. Cit.*, p. 9

<sup>59</sup> STC 32/1994 de 31 enero. RTC 1994\32

<sup>60</sup> GONZÁLEZ JIMÉNEZ, A., “Las diligencias policiales y su valor probatorio”, Dipòsit Legal: T 1542-2014, <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/283261/TESIS%20DOCTORAL.pdf?sequence=1> , Tarragona, 2014, p. 80

Hay que apuntar en cuanto a las actuaciones investigadoras del Juez en la fase instructora, que éstas pueden tener distinto alcance dependiendo de que tipo de procedimiento se trate. Como bien afirma ABEL LLUCH en la práctica forense se separan las funciones de instrucción e investigación. De esta manera, el Juez de instrucción en el procedimiento abreviado o de enjuiciamiento rápido actúa como un Juez de garantías que tiene que controlar que la actividad investigadora realizada por la Policía Judicial o el Fiscal sea correcta y que se practiquen aquellas diligencias de investigación que le solicite el imputado o que el Juez considere útiles para el esclarecimiento de los hechos imputados. Esto se debe a que las últimas reformas de la LECrim han atribuido más competencias en estos procedimientos a la Policía Judicial (en los juicios rápidos, reforma de 2002) y al Fiscal (en el procedimiento abreviado, reforma de 1988).<sup>61</sup>

### 1.3.2. El Ministerio Fiscal

Tal y como se ha manifestado con anterioridad además del Juez y de la Policía también el Ministerio Fiscal tiene competencia para realizar diligencias de investigación.

En cuanto al ámbito de las competencias del Ministerio Fiscal en la realización de las diligencias de investigación, se debe señalar que aunque en algunos procedimientos, por ejemplo, el procedimiento ordinario por delitos graves, su intervención es ciertamente escasa, en otros procedimientos, como procedimiento abreviado, está habilitado el Ministerio Fiscal para practicar toda clase de diligencias, salvo las que afecten a la limitación de derechos fundamentales y libertades públicas. Es decir, está el Ministerio Fiscal habilitado para practicar exactamente las mismas diligencias que el Juez instructor con la salvedad cuando afectan los actos de investigación los derechos fundamentales, ya que en el último caso rige el principio de jurisdiccionalidad.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> ABEL LLUCH,X., RICHARD GONZÁLEZ,M. (Direct.), *Estudios sobre prueba...*, Op.Cit., pp. 121-122

<sup>62</sup> MUÑOZ CUESTA, J., "Finalidad y eficacia de las actuales diligencias de investigación del Fiscal", Revista ARANZADI Doctrinal num. 4/2017, Editorial Aranzadi, (BIB 2017\1121), <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, Cizur Menor, 2017, p. 2

Cabe destacar que la investigación a cargo del Ministerio Fiscal no es “una alternativa a la instrucción judicial, sino (que es) como una posibilidad previa a la misma que no la sustituye aunque pueda simplificarla o allanarla”.<sup>63</sup>

Se apoya este argumento en el artículo 773.2 LECrim que establece que “cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo , bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado... practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo” y en el artículo 5.2 del EOMF que señala que “para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva.”

De la lectura de los citados preceptos se puede extraer que la investigación pre-procesal del Ministerio Fiscal puede ser iniciada tanto de oficio, cuando el delito sea público, como a instancia de parte, bien mediante la denuncia (en caso de delitos públicos puede hacerla cualquier persona y en caso de delitos semipúblicos tiene que ser el mismo ofendido el que la interpone), bien mediante el atestado policial.<sup>64</sup> Asimismo, se desprende de estos artículos que el Fiscal puede practicar por sí solo o mediante la Policía Judicial cualquier tipo de diligencias que estime oportunas para esclarecer hechos y persona del delincuente, pero no puede practicar las diligencias que limitan los derechos fundamentales, salvo la detención preventiva, que puede realizar el Fiscal por su propia iniciativa.

Cuando se afirma que puede practicar cualquier tipo de diligencias se quiere decir con ello que está legitimado para practicar careos, interrogar al investigado y a los testigos, realizar la citación coercitiva o para ser oído, que si

---

<sup>63</sup> GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “Valor de las diligencias ...”, *Op.Cit.*, p. 3

<sup>64</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal, 4 edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, COLEX, Madrid, 2014, p. 203

fuere incumplida, podrá hacerse orden de detención. También, el Fiscal puede impartir órdenes a la Policía Judicial y a terceros, delegar funciones específicas o requerir informes de la Policía Judicial y de cualquier organismo público; recabar informes, intervenir, por razones de urgencia, el cuerpo del delito, etc.,<sup>65</sup> sin embargo se le prohíbe adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales, tales como una intervención de las comunicaciones, una entrada y registro, la prisión provisional o medida cautelar alguna.<sup>66</sup>

Podemos añadir que, como bien apunta MUÑOZ CUESTA, el Fiscal puede practicar todas estas diligencias de investigación “con el destino de aportarlo con la querrela o denuncia que se pudiera formular ante la autoridad judicial, no para archivarlo o retenerlo en las dependencias de la Fiscalía, interponiendo la querrela o denuncia exclusivamente como una *notitia crimininis* sin otras posibles fuentes de prueba, sino al contrario como aval de que la petición de iniciación del proceso se hace fundadamente y que debe ser admitida a trámite tal solicitud.”<sup>67</sup> En otras palabras, el Fiscal tiene que practicar todas las diligencias investigadoras que estime pertinentes para esclarecer los hechos y la persona del presunto responsable por el delito con el fin de poder fundamentar su denuncia o querrela y para poder posteriormente usarlas como fuentes de prueba.

Por tanto resulta importante concretar si pueden las diligencias preliminares del Ministerio Fiscal tener valor de prueba o de fuente probatoria en el acto del juicio.

El mismo artículo 5.2 de EOMF establece que todas las diligencias que se practiquen por el Ministerio Fiscal “gozarán de presunción de autenticidad”. MUÑOS CUESTA sostiene que este artículo se refiere a que estas diligencias “se considerarán que son ciertas en cuanto a su origen y veracidad del acto realizado, no evidentemente en cuanto a su contenido inculpatario, que deberá ser afirmado o no por el Tribunal que conozca del fondo de la causa en un

---

<sup>65</sup> LECrim, Artículo 773.2; EOMF, Artículos 3.5, 4.3 y 4

<sup>66</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal...*, Op.Cit., p. 204

<sup>67</sup> MUÑOZ CUESTA, J., “Finalidad y eficacia ...”, Op. Cit., p. 2

juicio oral, cuando se haya practicado la prueba ante él”.<sup>68</sup> Es decir, que estas declaraciones podrán llegar a ser fuentes de prueba y para serlo se han de respetar los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa.<sup>69</sup> El respeto a estos principios es lo que va a dar valor de fuente probatoria para que pueda ser valorada posteriormente en el juicio oral, porque “supone que lo obtenido por el Ministerio Fiscal e su investigación está amparado constitucionalmente, puesto que la contradicción y el derecho de defensa han podido servir para poner en evidencia cualquier desviación que en tal cuestión pudiera haber acontecido.”<sup>70</sup>

Además, los actos de investigación del Fiscal no pueden convertirse en actos de prueba anticipada o pre-constituida, respecto a esto el TS se ha pronunciado en una de las recientes sentencias señalando que “las diligencias del Fiscal no son potencialmente idóneas para generar actos de prueba pre-constituida o anticipada... atribuir, sin más, eficacia probatoria a un acto de investigación practicado en el marco de unas diligencias tramitadas por el Fiscal, al amparo de los arts. 5 del EOMF y 773 de la LECrim, supondría subvertir la genuina naturaleza y la funcionalidad predicable de aquél. Como venimos insistiendo sólo los actos de naturaleza jurisdiccional son susceptibles de integrar la apreciación probatoria por el órgano decisorio.”<sup>71</sup> Añade esta sentencia que estas diligencias agotan sus funciones cuando motivan la decisión del Fiscal de archivar la denuncia o ejercer las acciones penales que estime pertinentes.

Y por último, cabe señalar que el plazo que la ley otorga al Ministerio Fiscal para llevar a cabo una investigación de carácter pre-procesal tiene una duración de 6 meses (12 meses para los delitos del art. 19.4 EOMF) prorrogables por el Fiscal General mediante decreto motivado.<sup>72</sup> Muchos autores consideran que estos plazos han de ser entendidos de manera restrictiva en cuanto a los delitos más graves, ya que pueden perjudicar al principio acusatorio, es decir, que no tiene que ser prorrogado el plazo sino que

<sup>68</sup> MUÑOZ CUESTA, J., “Finalidad y eficacia ...”, *Op. Cit.*, p. 2

<sup>69</sup> EOMF, Artículo 5

<sup>70</sup> MUÑOZ CUESTA, J., “Finalidad y eficacia ...”, *Op. Cit.*, p. 3

<sup>71</sup> STS 980/2016 de 11 enero RJ 2017\6

<sup>72</sup> EOMF, Artículo 5

hay que comunicar al Juez para que incoe el procedimiento y se le notifique al investigado lo más pronto posible para que éste pueda ejercitar su defensa.<sup>73</sup>

### 1.3.3. La Policía

Para abordar el tema de las funciones de la Policía en relación con las diligencias instructoras conviene comenzar por determinar cuáles son sus funciones durante la instrucción. Es obvio que la Policía Judicial, dado su inmediación respecto a los hechos, su movilidad y su preparación a la investigación delictiva, es una figura de gran importancia en el momento posterior a un delito, porque es en estos momentos cuando se tienen que llevar a cabo unas diligencias que luego resultarán imposibles de practicar por ser irrepetibles. Las funciones de la Policía Judicial en el proceso penal se van ampliando cada vez más. Esta ampliación es amparada por la propia Constitución, “la que ha optado por un modelo de Policía Judicial más intervencionista y con mayores funciones en el ámbito del proceso penal.”<sup>74</sup>

Dentro de las funciones de la Policía Judicial cabe distinguir una función genérica de una función más específica. Dentro de la función genérica de la policía judicial se puede distinguir en una doble vertiente “retributiva y preventiva en el orden penal, de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal”.<sup>75</sup> Respecto a esto la Constitución establece que “la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.”<sup>76</sup>

Mientras que la función específica está “basada en criterios de policía científica, destinada a la investigación de los hechos punibles, la persecución y aseguramiento de los delincuentes, poniendo a disposición de la Autoridad judicial y, eventualmente, del Ministerio Fiscal, los resultados de sus averiguaciones. Tarea de Policía científica, que se desarrolla mediante la

---

<sup>73</sup> véase ABEL LLUCH, X., RICHARD GONZÁLEZ, M. (Direct.), *Estudios sobre prueba...*, Op.Cit., p. 124

<sup>74</sup> ASECIO MELLADO, J., *Derecho procesal...*, Op.Cit., pp. 91-92

<sup>75</sup> MARCHAL ESCALONA, A.N., “Policía judicial y limitación de derechos fundamentales”, Revista Aranzadi Doctrinal, BIB 2010\3263, <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, número 11, 2011, p. 10

<sup>76</sup> CE, Artículo 126

aplicación de un método racional a la investigación policial utilizando los conocimientos proporcionados por otras ciencias como la Antropología, Biología, Química, Física, Psicología, Medicina Legal y Sociología”.<sup>77</sup> Esto es, ciencia y método científico para que la investigación policial se considere como científica.

En cuanto a las diligencias policiales la normativa española no contempla una definición clara de éstas. Según SERRANO DE LA CRUZ SÁNCHEZ, estas diligencias “suponen el modo formal de constancia de la labor policial y son el soporte que refleja cada una de las actividades policiales y los resultados con ellas obtenidas.”<sup>78</sup>

Es importante anotar que la Policía Judicial puede llevar a cabo las diligencias de dos tipos: a prevención o diligencias de investigación.

Entendemos por diligencias a prevención aquellas diligencias que realiza autónomamente la Policía Judicial para prevenir la comisión de hechos delictivos o para prevenir, una vez cometido un hecho delictivo, que se altere el escenario del crimen. Como bien señala ASECIO MELLADO la razón de ser de estas diligencias es la urgencia de llevar a cabo ciertos actos que luego podrían pasar a ser irrepetibles “entendiendo por irrepetibilidad a estos efectos algo más que la mera irreproducibilidad material. Se trata, pues, de actos que gozan o se les atribuye un cierto valor probatorio “per se” ya que no es posible conferirlos a otra autoridad de investigación por el momento en que se verifican.”<sup>79</sup>

Las diligencias de investigación de la Policía Judicial, como las demás diligencias de investigación (art.299 LECrim), tienen como finalidad de averiguar el hecho delictivo y su presunto autor.

Pueden ser estos actos de investigación de dos tipos: pre-procesales, las que se llevan a cabo antes del inicio del proceso, y las que se realizan una vez

---

<sup>77</sup> MARCHAL ESCALONA, A.N., “Policía judicial y limitación ...”, *Op.Cit.*, p. 10

<sup>78</sup> SERRANO DE LA CRUZ SÁNCHEZ, A., “Las actividades policiales previas al inicio del proceso penal”, Editorial Sepín, SP/DOCT/17207, <https://www.sepin.es>, marzo, 2013, p. 3

<sup>79</sup> ASECIO MELLADO, J., *Derecho procesal...*, *Op.Cit.*, p. 94

iniciada la fase de instrucción. Abierta esta última fase, la Policía no puede investigar de forma autónoma, por cuanto establece la ley que “cuando el Juez de instrucción o el municipal se presentaren a formar el sumario, cesarán las diligencias de prevención que estuviere practicando cualquier Autoridad o agente de policía; debiendo éstos entregarlas en el acto a dicho Juez, así como los efectos relativos al delito que se hubiesen recogido, y poniendo a su disposición a los detenidos, si los hubiese.”<sup>80</sup>

Las diligencias pre-procesales están recogidas en el artículo 28 del RD 769/1987, y son las siguientes: inspecciones oculares, recopilación de informaciones y datos, emisión de informes periciales previsionales de urgente necesidad, desplazamiento de cadáveres, recogida de pruebas, actuaciones de inmediata intervención, etc. Esta lista no supone un *numerus clausus* ya que termina el artículo citado diciendo que también la policía puede practicar cualesquiera otras diligencias de similar naturaleza a las anteriores.

Asimismo a esta lista podemos añadir la entrada y registro en casos de flagrancia (art. 553 LECrim), detención de los sospechosos en los casos previstos en el art. 492 LECrim, interrogatorio de las personas detenidas (art. 520 LECrim), toma de declaraciones de los testigos, etc.

Cabe destacar que la Policía Judicial está obligada a practicar todas las diligencias que le ordene el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción. Aunque la ley no determina qué diligencias en concreto pueden ser delegadas, se entiende que en general y excepto aquellas que han de ser practicadas en la sede del Tribunal y que son personales (interrogatorios), la Policía Judicial podrá realizar cualquiera de las diligencias, siendo necesario obtener previamente la autorización judicial si se trata de actos restrictivos de derechos fundamentales.<sup>81</sup>

La documentación policial relativa a los actos de investigación criminal es muy compleja y tiene diferente valor probatorio. Dado que la regulación legal de

---

<sup>80</sup> LECrim, Artículo 286

<sup>81</sup> ASECIO MELLADO, J., *Derecho procesal...*, Op.Cit., p. 96

este tipo de documentación es deficiente, la jurisprudencia y la doctrina del TC la ha precisado y desarrollado. Así, el principal documento elaborado por la policía judicial es el atestado. Siguiendo la denominación de MONTERO AROCA, “el atestado policial es un documento que contiene la investigación (entendida como conjunto y no como unidad) realizada por la Policía respecto a un hecho aparentemente criminal, sea de naturaleza que sea.”<sup>82</sup>

El atestado, cuando está redactado y suscrito con respeto a las formalidades establecidas por la ley, constituye una denuncia (art. 297 LECrim) pero no tiene valor probatorio, excepto si contiene datos objetivos o informes periciales, sin perjuicio del derecho del investigado de oponerse en el juicio oral.<sup>83</sup> Sin embargo, y según señala SERRANO DE LA CRUZ SÁNCHEZ, aunque el atestado no tiene valor de prueba, “la práctica forense nos indica que no hay que subestimar su valoración judicial, pues su resultado y contenido van a constituir a diario el sustrato principal de la investigación penal judicial”.<sup>84</sup>

## 2. Las diligencias de investigación tecnológica

### 2.1. Concepto

Antes de analizar las cuestiones de la investigación tecnológica puede ser conveniente saber qué son las tecnologías de la información y la comunicación (las TIC). Según CABERO ALMENARA “las TIC son el conjunto de tecnologías que permiten el acceso, producción, tratamiento y comunicación de información presentada en diferentes códigos (texto, imagen, sonido,...)”<sup>85</sup> Siguiendo a este autor cabe sostener que estas tecnologías se desarrollan con los avances científicos en los ámbitos de la informática y las telecomunicaciones y que son aquellas tecnologías “que giran en torno a tres medios básicos: la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones. Y giran, no sólo de forma aislada,

---

<sup>82</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILLAR, S., *Derecho jurisdiccional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 143

<sup>83</sup> RUIZ VADILLO, E., “Valor de las diligencias...”, *Op. Cit.*, p. 102

<sup>84</sup> SERRANO DE LA CRUZ SÁNCHEZ, A., “Las actividades policiales...”, *Op.Cit.*, p. 4

<sup>85</sup> CABEERO ALMENARA, J., “Las aportaciones de las nuevas tecnologías a las instituciones de formación continuas: reflexiones para comenzar el debate”, <http://tecnologiaedu.us.es/cuestionario/bibliovir/85.pdf>, p. 1, Consultado el 9/04/2017

sino lo que es más significativo de forma interactiva e interconexiana, lo que nos permite conseguir nuevas realidades comunicativas”.<sup>86</sup>

De esta manera podemos afirmar que la investigación tecnológica es la investigación del delito empleando las nuevas tecnologías de información y comunicación.

Por tanto, partiendo de la definición de las diligencias de investigación del artículo 299 LECrim, podemos concluir que las diligencias de investigación tecnológica son aquellas actuaciones policiales, fiscales o judiciales realizadas en la fase de instrucción (o, incluso, antes de ella), empleando el conjunto de tecnologías de información y comunicación, que están encaminadas a preparar el juicio oral y averiguar y hacer constar la comisión de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los investigados.

Ahora bien, la pregunta fundamental es si pueden alcanzar valor probatorio las fuentes de prueba obtenidas en la investigación tecnológica.

En primer lugar hay que señalar, que independientemente de la fuente de prueba que se obtiene durante la investigación tecnológica para que ésta pueda acceder al proceso como prueba habrá de cumplir con las exigencias generales previstas por la ley para la admisibilidad de las fuentes probatorias. Es decir, ha de ser pertinente, útil, y lícita. Es pertinente una prueba cuando guarda relación con el objeto del proceso, es útil cuando trae algo nuevo en relación con el objeto del proceso, y es lícita cuando se ha obtenido sin vulneración de los derechos fundamentales. Asimismo, la prueba ha de ser introducida al proceso en el momento oportuno y en la forma prevista por la ley.<sup>87</sup>

En segundo lugar, cabe apuntar que luego, además de cumplir los requisitos arriba indicados, cada medida concreta de investigación tecnológica que tiene

<sup>86</sup> CABEERO ALMENARA, J., “Las aportaciones de las...”, *Op. Cit.*, p. 1, Consultado el 9/04/2017

<sup>87</sup> FUENTES SORIANO, O. “Comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, pp. 287 y ss.

que ser adoptada tiene sus exigencias específicas, particulares a la hora de su obtención e incorporación al proceso. Esto es lo que se conoce como medios de prueba y es “el conjunto de procedimientos legales que disciplinan la incorporación y práctica de los distintos elementos personales o materiales al proceso”<sup>88</sup> para conseguir en el proceso penal la convicción del Juez acerca de los hechos delictivos y la participación del imputado.

## **2.2. Nueva regulación de la investigación tecnológica**

### **2.2.1. La reforma de la LECrim de 2015**

En el año 2015 ha habido una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal encaminada a adaptar el texto legal a las necesidades de nuestros días. Hay que tener presente que hoy en día no solo almacenamos nuestra información sino que a través de los mismos dispositivos tenemos la posibilidad de acceder a la información que crean otras personas, esto es lo que constituye la llamada sociedad de información. Según REUSSER MONSÁLVEZ, el concepto de la sociedad de información “ha cobrado auge y difusión nacional y mundial..., sobre todo por su gran promoción en el ámbito de las políticas públicas, utilizándose... para referirse, en general, a cualquier cuestión derivada de innovaciones tecnológicas que han devenido en un cambio en el modelo social. Frecuentemente utilizado a propósito de la irrupción de las llamadas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y sus consecuencias, tal vez no se ha hecho suficientemente presente su naturaleza social y política, así como el trasfondo jurídico de una etapa en la evolución humana que posee marcadas y diferenciadoras características que la distinguen de cualquier otro estadio de la cultura.”<sup>89</sup>

Nuestra sociedad cambió radicalmente con la llegada de nuevas tecnologías. Las nuevas tecnologías se incorporan a los distintos ámbitos de nuestra vida, desde la formación, la sanidad y hasta el ámbito policial y judicial. Como bien señala FUENTES SORIANO la sociedad de información en la que vivimos

---

<sup>88</sup> ASECIO MELLADO, J.A., Derecho procesal civil, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 239

<sup>89</sup> REUSSER MONSÁLVEZ, C., “¿Qué es la sociedad de la información?”, Revista Chilena de Derecho Informático, DOI: 10.5354/0717-9162.2003.10650,

<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10650/11378>, Nº 2, 2003, p. 1

“presenta características propias, tan diferentes y absolutamente rupturistas respecto de la sociedad de apenas 30-40 años atrás, que nos permiten hablar, incluso, de un momento de revolución social; posiblemente, el más determinante tras la revolución industrial de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Se trata de una sociedad ágil, cambiante y dinámica donde el uso de las nuevas tecnologías se convierte en la principal arma de trabajo, de ocio y, prácticamente, de relación entre las personas.”<sup>90</sup>

Como se ha referido, el impacto social producido con la llegada de las nuevas tecnologías es obvio y las ventajas de su uso son innegables, no obstante, ello también conlleva determinados inconvenientes e, incluso, peligros. De esta manera, con la entrada de las TIC en la sociedad se ha facilitado la comisión de algunos tipos de delitos y se han creado nuevas formas de delincuencia, de esta manera la información entre terroristas, la pornografía infantil, la trata de seres humanos, el blanqueo de capitales a través de Internet, entre otras, son las conductas delictivas que se cometen en la actualidad utilizando las nuevas tecnologías.<sup>91</sup>

En esta situación y debido a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal era ya muy antigua (es de 1882), hasta la reforma de 2015 había una deficiente regulación de la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la investigación penal. Y esto produjo una gran incongruencia entre los medios de comisión delictiva y los medios de investigación criminal.<sup>92</sup>

Por tanto había esta necesidad de modernizar las medidas tecnológicas que tienen en su disposición los órganos competentes para la investigación criminal, y es obvio que tales medidas facilitan y hacen mucho más eficiente la investigación criminal, de este modo, la interceptación de las comunicaciones, como bien afirma SÁNCHEZ MELGAR, “es un medio muy eficaz en la lucha contra la delincuencia; por ello, se ha dicho que los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las

---

<sup>90</sup> FUENTES SORIANO, O. “Comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, p. 277

<sup>91</sup> PÉREZ ESTRADA, M.J., “La investigación del delito...”, *Op. Cit.*, pp. 1-2

<sup>92</sup> FUENTES SORIANO, O. “Comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, pp. 279 -280

posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos”.<sup>93</sup>

Respecto a esto la misma LO 13/2015, con la que se modifica la LECrim, señala que “La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros.”<sup>94</sup>

Cierto es, que la utilización de las nuevas tecnologías en aras de la investigación criminal puede entrar en colisión con los derechos fundamentales tan sensibles como el derecho al secreto de comunicaciones, el derecho a la intimidad, a la privacidad de las personas, a la protección de datos,<sup>95</sup> y por tanto estas medidas de investigación tecnológica han de ser escrupulosamente reguladas y controladas. En un Estado de Derecho no se puede buscar la verdad material a toda costa, es decir, a cualquier medio, sino que existen garantías constitucionales que han de ser respetadas. Cuando España sale de la dictadura franquista opta por constituirse en un Estado Social y Democrático de Derecho, garantista, por tanto, de los derechos fundamentales. Como bien señala respecto al tema VELASCO NÚÑEZ, “en la pulsión, por un lado, entre considerarnos como meros objetos de investigación penal -todos presuntos sospechosos sin más (Estado policial) en la evitación del delito- en aras de

<sup>93</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica. Estudio de su Parte General”, Editorial jurídica Sepín, SP/DOCT/19834, <http://www.sepin.es>, enero, 2016, p. 2

<sup>94</sup> Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Publicada en «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015

<sup>95</sup> FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio...”, *Op. Cit.*, pp. 183-210

dotar a la sociedad en su conjunto de la máxima seguridad posible, y la de, por otro, ser solo sujetos de derechos (Estado liberal), que priman la libertad de manera tal que la seguridad se desplaza a un muy segundo plano, nuestro ordenamiento jurídico, en el entorno político de la salida de una dictadura encaminada hacia una entonces incipiente democracia, optó, maximalistamente, para resolver el dilema seguridad-libertad, por la solución más garantista.”<sup>96</sup> Esta solución está plasmada en el artículo 11.1 de la LOPJ que establece que “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.”

En definitiva, la situación que se había generado fuera que la ley era muy antigua y no contemplaba criterios adecuados para realizar los actos de investigación tecnológica respetando las garantías constitucionales que en realidad son límites a las investigaciones, así, la ausencia legal de tales criterios “ha coexistido con una creciente evolución de las tecnologías de la comunicación y su versatilidad”.<sup>97</sup> En esta situación era necesaria la reforma ya que se producía (o podía producirse) inseguridad jurídica. Con este fin en el año 2015 se llevó a cabo la reforma de la LECrim a través de la Ley Orgánica 13/2015.

El objetivo de esta ley era fortalecer los derechos procesales conforme con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y también regular las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos constitucionales al secreto de las comunicaciones, a la intimidad, y a la protección de datos personales.<sup>98</sup> De esta manera, la reforma de 2015 por primera vez ordena y sistematiza una amplia regulación de las medidas de investigación tecnológica, aunque no se regulan todas las posibles, ni están contempladas de manera

---

<sup>96</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal. Actualizado a las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, Ed. Sepín, SP/DOCT/21093, <https://www.sepin.es>, junio, 2016, p. 1

<sup>97</sup> ZOCO ZABALA, C., *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 24

<sup>98</sup> <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10551-contenido-y-novedades-de-la-reforma-de-la-lecrim-por-la-ley-organica-13-2015-y-por-la-ley-41-2015>, consultado el 6/04/2017

completa pero sí mayoritariamente.<sup>99</sup> Es verdad que el legislador plasmó en la ley estos preceptos por primera vez, pero es importante darnos cuenta de que con anterioridad a esta reforma todos los aspectos carentes de regulación legal habían sido desarrollados y concretados por “la enorme labor realizada por la Jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional para permitir la aplicación de nuestra centenaria Ley procesal a la realidad del tiempo en que se ha venido aplicando.”<sup>100</sup> Pues, han sido estas bases sentadas por la jurisprudencia y la doctrina del TC las que el legislador ha plasmado en la LO 13/2015.

Dado que en las páginas siguientes vamos a profundizar en la investigación tecnológica conviene centrarnos, aunque sea de forma esquemática, en cuál fue el resultado de la reforma de 2015 en esta materia.

A la hora de regular la investigación tecnológica el legislador ha optado por una sistematización que consiste en prever una serie de las disposiciones comunes para toda la investigación tecnológica, en términos legales “principios rectores”, que están recogidas en los artículos 588 bis a) a 588 bis k), y, a continuación dedicar a la regulación de distintas medidas tecnológicas cada uno de los siguientes capítulos del Título VIII de la LECrim.

Asimismo, la nueva norma regula la solicitud de autorización judicial, la resolución judicial, el secreto y duración de la norma. Con este conjunto de normas el legislador pretende, además de señalar los principios que deben informar la adopción de cualquiera de las medidas de investigación tecnológica previstas por la ley, destaca la importancia de los aspectos formales de la solicitud y de la resolución judicial para que se adopten tales medidas.<sup>101</sup>

De todo ello nos ocuparemos en las páginas que siguen prestando especial atención a continuación al análisis de los principios que rigen las diligencias tecnológicas.

---

<sup>99</sup> VELAZCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica: medidas concretas”, Ed. Sepín, SP/DOCT/21095, <https://www.sepin.es>, junio, 2016, p. 1

<sup>100</sup> FUENTES SORIANO, O. “Comunicaciones telemáticas...”, *Op.Cit.*, p. 280

<sup>101</sup> MUERZA ESPARZA, J., *Las reformas procesales penales de 2015*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 160

### 2.2.2. Principios rectores de la práctica de las diligencias tecnológicas

Como se ha señalado, los principios rectores regulados en el Capítulo IV LECrim son los requisitos aplicables a todas las medidas que se contemplan en los capítulos siguientes de la misma ley, es decir, se trata de las disposiciones comunes para: la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, la localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

Los principios rectores para todas las medidas de investigación tecnológica se regulan por primera vez en el artículo 588 bis a) , lo cual es un gran avance habida cuenta de la ausencia de la normativa específica anterior.

Los principios que según el artículo 588 bus a) deben regir la práctica de las diligencias tecnológicas son la especialidad, la idoneidad, la excepcionalidad, la necesidad y la proporcionalidad.

El principio de especialidad quiere decir que la medida aplicada ha de ser adecuada al delito concreto, en otras palabras, no cabe autorizar las medidas que sirven para prevenir o descubrir delitos sino sólo se puede autorizar las medidas para investigar un delito concreto, tipificado anteriormente.

Señala VELASCO NÚÑEZ que la medida autorizada “debe, en positivo, estar relacionada con la investigación de un delito concreto, y en negativo, evitar cualquier género de prospección, prohibiendo autorizaciones que tan solo pretendan prevenir, descubrir delitos o despejar sospechas que no cuenten con base objetiva alguna.”<sup>102</sup> De esta manera, el principio de especialidad exige que previamente exista un delito para investigar y luego se puede acordar la medida (no viceversa) y es imprescindible que haya una base objetiva ligada a la conducta delictiva de la persona investigada para poder usar la medida,

---

<sup>102</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 4

descartando de este modo “las meras sospechas basadas en corazonadas o elementos meramente ideados.”<sup>103</sup> A su vez, RODRÍGUEZ LAINZ también subraya que la investigación en la que se acuerda una intervención de las comunicaciones ha de ser dirigida “al esclarecimiento de hechos concretos con una concreta, aunque provisoria, calificación jurídica; no un cauce procesal destinado a determinar qué delitos pudiera estar cometiendo una persona determinada.”<sup>104</sup>

El TS señala respecto a estos indicios necesarios para adoptar una medida, que ellos han de requerir “su apoyo en datos objetivos, que han de serlo en el doble sentido de accesibles a terceros, sin lo cual no serían susceptibles de control, y en segundo lugar, que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito.”<sup>105</sup>

Según argumenta ASECIO MELLADO, aunque este principio es esencial, en muchos casos “se suele frustrar por una tendencia inquisitiva incompatible con nuestro régimen constitucional.”<sup>106</sup> El autor critica que con frecuencia sucede que los órganos investigadores no respetan este principio y esta actuación no se ajusta a la ley en tanto en cuanto es una restricción de los derechos fundamentales y por tanto ha de haber “una finalidad limitada a la investigación de un delito concreto, determinado y definido con anterioridad a la resolución que ordene la limitación del derecho.”<sup>107</sup>

Respecto del principio de idoneidad sostiene el legislador, que “servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.” Respecto a este principio SÁNCHEZ MELGAR hace crítica diciendo que desde su punto de vista esto no es el principio de idoneidad, “sino que se trata del presupuesto aplicativo de la medida: definir el ámbito objetivo, subjetivo y temporal de la misma.”<sup>108</sup> Sin embargo, este autor está de acuerdo

---

<sup>103</sup> VELAZCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 4

<sup>104</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La intervención de las comunicaciones electrónicas en el actual proceso penal”, Ed. Sepín, SP/DOCT/20388, , <https://www.sepin.es>, marzo, 2016, p. 5

<sup>105</sup> STS 379/2013 de 12 abril. RJ 2013\5541

<sup>106</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal...*, *Op. Cit.*, p. 192

<sup>107</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal...*, *Op. Cit.*, p. 192

<sup>108</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op.Cit.*, p. 9

que una medida resulta idónea cuando está acorde a los fines perseguidos por su adopción.

De esta manera, sólo las medidas tecnológicas útiles pueden ser autorizadas por el Juez, debiendo ser bien motivadas y concretadas en las solicitudes por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial. La solicitud debe contener junto con el hecho objeto de investigación y la identidad del investigado, otros datos, como el dispositivo concreto a injerir, el sujeto investigado o los terceros afectados, las razones que justifican la medida, su extensión y duración, e, incluso, modo de ejecución de la medida autorizada.<sup>109</sup>

Los principios de excepcionalidad y necesidad la ley contempla conjuntamente. Estos principios concurrirán cuando la información que se pretende obtener mediante la adopción de una medida que restringe los derechos fundamentales, por un lado, no puede conseguirse con medidas menos gravosas, y por otro lado, si no se adopta de dicha medida la investigación se vea “gravemente dificultada”.<sup>110</sup>

Respecto del hecho de que la información no puede conseguirse con la medida menos gravosa, el principio de excepcionalidad obliga a utilizar siempre la medida menos gravosa para los derechos fundamentales con fin de conseguir el objetivo necesario, por tanto, si existen otras medidas menos restrictivas de los derechos no cabrá acudir a una medida más gravosa.

Y respecto del hecho de que si no se adopta dicha medida la investigación se vea gravemente dificultada, se cumplirán estos principios cuando es “gravemente dificultoso comprobar por otros medios: ya el hecho, su autor, la averiguación de su paradero o la localización de los efectos del delito.”<sup>111</sup>

SÁNCHEZ MELGAR señala que aunque la ley contempla estos dos principios conjuntamente, tienen “entidad separada” y cada uno de ellos cuenta con su

---

<sup>109</sup> LECrim, Artículo 588 bis b)

<sup>110</sup> LECrim, Artículo 588 bis a) 4 b)

<sup>111</sup> VELAZCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op.Cit.*, p. 4

significado propio. Por tanto, entiende este autor que la excepcionalidad exige que no existan otras medidas menos gravosas para ser utilizadas en la investigación y que la necesidad de la medida requiere que dicha medida tiene que ser adoptada, porque si no, se dificulta la investigación.<sup>112</sup>

Sin embargo, esta posición es discutida. Compartimos la opinión de MUERZA ESPARZA cuando sostiene que “en aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad, solo podrá acordarse la medida cuando concurra alguna de estas circunstancias...”<sup>113</sup>, ya que la ley utiliza la conjunción disyuntiva “o” entre estos dos puntos, es decir, establece que solo puede adoptarse la medida “a) cuando no estén a disposición de la investigación... otras medidas menos gravosas ..., o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor... se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.”<sup>114</sup> Además, desde la perspectiva semántica la conjunción “o” significa “diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas.”<sup>115</sup> Por tanto, entendemos que el legislador exige que se cumpla alguno de los dos requisitos (alternativa) para que la medida pueda ser justificada según los principios de excepcionalidad y necesidad.

Por último, el mismo precepto legal determina cuál puede ser el objetivo de la medida, que no podrá ser otro que el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito.

Respecto del principio de proporcionalidad, éste es uno de los fundamentales para la adopción de cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales. Es decir, la medida ha de ser proporcionada a la importancia de aquello que se está investigando, a la finalidad perseguida, en otras palabras, que el beneficio para el interés público y de terceros sea mayor que el sacrificio de los derechos afectados del investigado (art. 588 bis a). 5 LECrim). Esto es, para que la

---

<sup>112</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op.Cit.*, p. 9

<sup>113</sup> MUERZA ESPARZA, J., “Las reformas procesales...”, *Op. Cit.*, p. 161

<sup>114</sup> LECrim, Artículo 588 bis a) 4

<sup>115</sup> Diccionario de la Real Academia Española, [www.rae.es](http://www.rae.es), consultado 14/05/2017

limitación de los derechos fundamentales sea legal y válida hay que escoger la medida proporcionada al fin que se persigue.

VELAZCO NÚÑEZ afirma que con esta regulación se pretende “evitar imponer excesos absurdos o arbitrarios hasta el capricho de impedir resolver delitos a costa de limitaciones de derechos fundamentales no tolerables en una democracia, en definitiva, de "matar moscas a cañonazos".<sup>116</sup>

Asimismo, el legislador en el mismo precepto indica los criterios para ponderar los derechos en conflicto, valorando el interés público, que son la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Cabe señalar que el artículo 588 bis a) a veces se relaciona con “la gravedad cuantitativa del delito que se pretende investigar”<sup>117</sup>, aunque la doctrina aclara que no tiene que identificarse automáticamente con la gravedad del delito a que se refieren los artículos 13 y 33 del CP como base para justificar la medida, sino como uno de los criterios de la ponderación.

Señala respecto a esto el TC “una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima desde la perspectiva de este derecho fundamental si... se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad; es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como - entre otros-, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos”.<sup>118</sup> Esto es, utiliza la frase “entre otros”, por tanto hay que entender que no es el criterio básico para el principio de proporcionalidad. En otra sentencia el TC afirma claramente que “La proporcionalidad en cuanto a la intervención telefónica no puede medirse únicamente por la cuantía de la pena

---

<sup>116</sup> VELAZCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 4

<sup>117</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op. Cit.*, p. 10

<sup>118</sup> STC 166/1999 de 27 septiembre. RTC 1999\166

señalada al tipo delictivo, si bien marca una pauta para la adopción de la medida, no pudiendo erigirse en criterio único. No hay ninguna norma que señale la correspondencia entre pena asignada al delito e intervención telefónica.”<sup>119</sup>

El principio de proporcionalidad del artículo 588 bis a) LECrim se entiende como proporcionalidad en sentido estricto, es decir, como la ponderación por el Juez de los intereses en conflicto para que en ningún caso el sacrificio de los derechos que va a ser afectado por la medida sea superior a los beneficios para el interés público y para terceros.<sup>120</sup> Esta proporcionalidad en sentido estricto o proporcionalidad de medio a fin hay que diferenciar, sin embargo, de la proporcionalidad que se entiende por la doctrina como una ponderación más amplia que engloba los demás principios y es “esencial en punto a determinar la viabilidad en un concreto caso de la restricción de un derecho fundamental.”<sup>121</sup>

Por tanto cabe entender que el TC se refiere a la proporcionalidad en sentido amplio cuando establece que “la proporcionalidad implica, además, de un lado, que la medida sólo puede ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento; de otro, que la ejecución de la misma debe atenerse a los estrictos términos de la autorización, tanto en cuanto a los límites materiales o temporales de la misma como a las condiciones de su autorización; y, finalmente, que la medida debe ser verificada bajo control judicial”.<sup>122</sup>

En consonancia con todo ello, el TS <sup>123</sup> señala que los presupuestos habilitantes legales y materiales de la resolución judicial se concretan por la

---

<sup>119</sup> STC 299/2000 de 11 diciembre. RTC 2000\299

<sup>120</sup> FUENTES SORIANO, O. “Comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, p. 284

<sup>121</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal...*, *Op. Cit.*, p. 141

<sup>122</sup> STC 166/1999 de 27 septiembre. RTC 1999\166

<sup>123</sup> STS 379/2013 de 12 abril. RJ 2013\5541

doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>124</sup> Conforme a esta doctrina el principio de proporcionalidad exige la apreciación de tres requisitos: la intervención debe estar prevista por la Ley, ir dirigida a un fin legítimo, ser necesaria en una sociedad democrática para la consecución de dichos fines.

En conclusión, solo queda señalar que todos estos principios rectores han de ser debidamente justificados y argumentados en el auto judicial por el que se autorice la medida de injerencia.<sup>125</sup>

### **2.2.3. Otros presupuestos comunes a todas las diligencias tecnológicas**

Se ha analizado en páginas anteriores los principios rectores de la práctica de las diligencias tecnológicas, sin embargo, hay otras disposiciones comunes para la adopción de las medidas tecnológicas que abarca la reforma de 2015, en concreto son la solicitud de la medida, la resolución judicial, el secreto y la duración de las medidas de investigación tecnológica.

#### **2.2.3.1. La solicitud de la medida**

En cuanto a la solicitud de la medida, cabe señalar que es necesaria para que el Juez pueda autorizar la medida de investigación tecnológica cuando no ha sido acordada de oficio por éste. La regulación de esta solicitud se encuentra contemplada en el artículo 588 bis b) y es bastante pormenorizada.

Como se ha adelantado, la ley señala que las medidas tecnológicas pueden ser acordadas por el Juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Sin embargo, no se entiende bien el porqué de esta limitación de la solicitud de autorización de la medida, y por tanto respecto a esto existen opiniones contradictorias. Hay quien sostiene que sólo pueden solicitar la medida los sujetos literalmente previstos por la ley, porque se trata de restricción del derecho fundamental y por tanto no cabe interpretación

---

<sup>124</sup> Hay múltiples sentencias, entre cuales : Caso Klass y otros contra Alemania. Sentencia de 6 septiembre 1978. TEDH 1978\1, Caso Lüdi contra Suiza. Sentencia de 15 junio 1992. TEDH 1992\51 o Caso Lambert contra Francia. Sentencia de 24 agosto. TEDH 1998\40, que se puede consultar

<sup>125</sup> FUENTES SORIANO, O. "Comunicaciones telemáticas...", *Op. Cit.*, p. 280

extensiva. Así, SÁNCHEZ MELGAR sostiene que por esta razón la medida de investigación tecnológica no podrá ser solicitada por la acusación particular ni popular, en su caso, incluso cuando en el proceso penal sólo haya acusación privada.<sup>126</sup>

Sin embargo, hay quien sostiene que sí se puede legitimar a la parte para solicitar esa medida aunque no está literalmente prevista esta legitimación por el legislador. De esta manera, VELASCO NÚÑEZ explica su posición señalando que “el propio carácter restrictivo de la medida, su naturaleza de carácter público y la necesaria obligación de su declaración en pieza separada secreta han llevado al legislador a considerar que los únicos legitimados activos para solicitarla sean, además del propio Juez, el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, a quienes les vincula el deber de sigilo y reserva para lo que conocen en actuaciones protegidas por el secreto sumarial”,<sup>127</sup> sin embargo, sostiene este autor, esto no impide que la persona no legitimada pueda solicitar al Juez que adopte tal medida, aunque en este caso a esta persona no se le notificará, ya que no tendrá derecho a conocer lo que se resuelve bajo declaración formal de secreto en el proceso.

Compartimos la visión de VELASCO NÚÑEZ considerando que no puede interpretarse extensivamente una norma cuando se trata de limitación de los derechos fundamentales. La jurisprudencia señala que “es principio de derecho el de que las normas limitativas de derechos deben ser objeto de una interpretación restrictiva y no extensiva”.<sup>128</sup> Entendemos que los derechos fundamentales son la garantía por parte del Estado de unas esferas de la vida privada y de libre desarrollo del individuo que no se someten al control estatal y si se interpretasen extensivamente las normas que limitan estos derechos se podría entender que el Estado se está abusando de su poder y así vulnera esta garantía. En otras palabras, es cierto que el Estado para ejercer el ius puniendi tiene que conocer la verdad material, pero no a cualquier precio<sup>129</sup> sino teniendo como límites los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que el

<sup>126</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op. Cit.*, p. 10

<sup>127</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 5

<sup>128</sup> STS, Sala 4ª de 21-07-2009, RC núm. 2864/2009.

<sup>129</sup> HOYA COROMINA, J., “Investigación e instrucción...”, *Op. Cit.*, p. 3

proceso penal sirve como mecanismo de limitación para el propio Estado en su ejercicio del ius puniendi y a su vez el proceso se rige por el principio de legalidad, cabe entender que para que se respeten esos límites que consisten en los derechos fundamentales, las normas han de interpretarse de manera restrictiva. Así, en el caso que nos ocupa aunque se trata de una mera solicitud, la ley diseña claramente quién está legitimado para ello y por tanto no cabe otra legitimación activa. Literalmente el artículo 588 bis b) establece que “El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial”, por tanto hay que entender que el Juez no puede acordar estas medidas a instancia de otros sujetos.

Del mismo precepto legal se desprende que la adopción de la medida es potestativa para el Juez, es decir, el Juez puede acordarla o rechazarla, actuando como garante y defensor de los derechos de todas las personas, incluyendo al imputado que goza del derecho a la presunción de inocencia. Asimismo, en los casos cuando haya discrepancia en la solicitud de la Policía y la opinión del Ministerio Fiscal, es decir, cuando la medida limitativa de derechos sea solicitada por la Policía contando con informe en contra de la posición del Ministerio Fiscal, el Juez puede autorizarla discrepando de la opinión de aquel, porque su criterio no es vinculante.<sup>130</sup>

También, la norma contempla un listado detallado de la información que ha de contener la solicitud de la medida tecnológica. De esta manera, el precepto señala que la petición ha de contener el hecho objeto de investigación; la identidad del investigado o del tercero afectado por la medida, si se conocen; las razones que justifiquen la necesidad de la misma y los indicios de criminalidad que han surgido a lo largo de la investigación; los datos de identificación del investigado y de los medios de comunicación empleados; la extensión de la medida; la unidad investigadora de la Policía Judicial que realizará la intervención; la forma de ejecución y la duración de la medida y, por

---

<sup>130</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 5

último, el sujeto obligado que la llevará a cabo, en caso de conocerse, por ejemplo, la compañía operadora.

Una vez visto el contenido de la solicitud de la medida tecnológica exigido por la norma conviene matizar algunos aspectos.

En cuanto a la exigencia de que estén expuestos en la solicitud los indicios de criminalidad “que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa de la solicitud”,<sup>131</sup> SÁNCHEZ MÉLGAR la encuentra muy interesante ya que significa que la solicitud ha de ser precedida por una investigación “en donde se pondrán de manifiesto los indicios de criminalidad, que naturalmente habrán de tener la característica de "racionales" [aspecto este que se contempla expresamente en el art. 588 bis c).3 a) al describir el contenido de la resolución judicial].”<sup>132</sup> De esta manera parece que se exige que la medida en cuestión ha de basarse en las actuaciones previas que la justifiquen. No obstante, según VELASCO NÚÑEZ esas actuaciones “al ser indiciarias, no tienen por qué contar con la solidez de la prueba”.<sup>133</sup>

Sin embargo, aunque la ley indica este contenido de la solicitud de la medida tecnológica, el hecho de que el solicitante omita alguna “información ignorada o que, entre la indicada por la norma, no resulte imprescindible para que el Juez pueda realizar su juicio ponderativo sobre el acuerdo o no de la medida, no supone ningún impedimento para la legalidad de la adopción de la medida, aunque, obviamente, posibilita a aquel a recabar la información complementaria que eche en falta”.<sup>134</sup>

### 2.2.3.2. La resolución judicial

Puesto que se trata de medidas restrictivas de derechos fundamentales, ha de cumplirse el requisito de jurisdiccionalidad, es decir, para acordar alguna de

---

<sup>131</sup> LECrim, Artículo 588 bis b)

<sup>132</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op. Cit.*, p. 11

<sup>133</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 6

<sup>134</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 6

las medidas tecnológicas siempre es necesaria autorización judicial <sup>135</sup>, normalmente del Juez Instructor (salvo casos de aforamientos). Además, añade la norma que esa autorización tiene que respetar los principios rectores vistos con anterioridad. En todo caso, si no hay jurisdiccionalidad, es decir, si la medida se adopta sin que haya una resolución del Juez autorizándola, estaríamos ante una vulneración del derecho fundamental afectado y, por tanto, nulidad del acto de investigación así como de los posteriores actos derivados de él ( art. 11.1 LOPJ).

De esta manera, en relación con las medidas de investigación tecnológica, se requiere autorización judicial, en primer lugar, para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 bis a); en segundo lugar, para acceder a los datos de tráfico (art. 588 ter b); y en tercer lugar, para que los prestadores de servicios cedan los datos relacionados con la Dirección IP o los números IMSI e IMEI. En cuanto a estos últimos datos cabe matizar, que cuando se trata de su obtención por parte de la policía judicial no es necesaria autorización judicial, mientras que sí se exigiría ésta para obtener la cesión de los mismos por los prestadores de servicios. Para comprender la razón de esto cabe recordar que hay dos niveles de protección distintos, es decir, dos derechos distintos que se pueden ver afectados en la medida de intervención de las comunicaciones: uno es el derecho al secreto de las comunicaciones y otro es el derecho a la protección de los datos, hoy elevado a la categoría de derecho fundamental. Aunque no está contemplado como tal en la Constitución española, se entiende que el derecho a la protección de datos forma parte del derecho a la intimidad, y como el derecho a la intimidad sí es derecho fundamental se entiende que el derecho a la protección de datos también lo es. Por tanto y siguiendo la explicación, si se adopta una medida que afecta al derecho al secreto de las comunicaciones necesariamente tiene que tener autorización judicial porque lo establece la Constitución, las comunicaciones no pueden interceptarse sin autorización judicial. Cuando es la Policía quien capta los datos referentes a la dirección IP o los números IMSI e IMEI, no se trata del

---

<sup>135</sup> Entre otras STC, Sala Pleno, 49/1999 de 5 abril. RTC 1999\49, que señala que la “garantía que establece inmediatamente la Constitución, en materia de intervenciones telefónicas, es la exigencia de autorización judicial”

derecho al secreto de las comunicaciones, porque si se tratara de este derecho sí sería necesaria la autorización judicial, no obstante, cuando se pretende obtener la cesión de estos datos por parte de los prestadores de servicios sí es necesaria tal autorización, no porque sea vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, que no lo es, sino porque la Ley Orgánica de Protección de Datos, la Ley 25/2007 de 18 de octubre, lo exige.<sup>136</sup> A continuación se profundizará en este tema con más detenimiento.

Las excepciones a este principio esencial de jurisdiccionalidad se regulan en los artículos 579.3 y 588 ter d) 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permiten acudir a la interceptación de comunicaciones en casos de investigados por terrorismo o pertenencia a banda armada acordadas esas medidas por el Ministerio del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, es decir, sin previa autorización judicial, aunque en el plazo de 24 horas se debe solicitar al Juez competente para que la medida tomada sea ratificada o denegada por éste en el plazo de hasta 72 horas. Señala respecto a esto FUENTES SORIANO que, en su opinión, es alarmante que mediante estos plazos previstos por la nueva regulación se consientan las interceptaciones telefónicas de hasta 72 horas ordenadas por el poder ejecutivo sin que el juez las autorice.<sup>137</sup>

En cuanto al órgano judicial competente para la autorización de la medida, el legislador no lo menciona en la nueva regulación. Según RODRÍGUEZ LAINZ el art. 588 bis a) “da inicio a una clara predisposición del legislador a la indiferencia, a no querer pronunciarse sobre quién debe ser competente para el dictado de una autorización judicial, más allá de aquellos supuestos en que hubiera ya un órgano judicial que estuviera conociendo previamente de la causa. Tan es así que hasta hemos de intuir, de su redacción literal, que se trata de un Juez de Instrucción el competente para tomar dicha decisión”<sup>138</sup> cuando establece el legislador “durante la instrucción de la causa se podrá acordar alguna de las medidas”. Aunque la jurisprudencia mayoritaria sigue la

---

<sup>136</sup> FUENTES SORIANO, O. “Comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, p. 282

<sup>137</sup> FUENTES SORIANO, O. “Comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, p. 280

<sup>138</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La intervención de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 19

misma línea partiendo del criterio de la competencia objetiva, funcional y territorial para determinar qué juez es competente en cada caso, sin embargo, en cuanto a la competencia territorial, hay algunas sentencias que utilizan el criterio de determinación de la competencia según el lugar donde ha de emplearse la medida y no el lugar donde se ha cometido el delito<sup>139</sup>. A pesar de esto, compartimos la posición de RODRÍGUEZ LAINZ, y entendemos que frente al silencio de la ley habrá que interpretar que el órgano competente es el juez instructor competente para conocer de la causa, en caso del aforamiento será el Juez de Instrucción del aforamiento. Será éste y no otro al que corresponde tomar la decisión sobre si acordar de oficio la medida o, en su caso, si autorizar o rechazar la medida solicitada.

Una vez establecido cuándo es necesaria autorización judicial para adoptar las medidas de investigación tecnológica y el órgano competente para ello, conviene ahora analizar otros aspectos de la resolución judicial.

El artículo 588 bis c) de la LECrim señala que cuando el Juez instructor recibe la solicitud de la medida ha de autorizar o denegar la medida solicitada mediante auto en el plazo de 24 horas desde la presentación de la solicitud. Según SÁNCHEZ MÉLGAR este plazo es razonable, porque “este tipo de medidas tienen siempre carácter de urgentes. La Ley no distingue entre solicitudes urgentes y ordinarias, y a todas ellas, como vemos, asigna el plazo de 24 horas”.<sup>140</sup> Si el Juez tiene duda en cuanto al cumplimiento de algunos principios rectores anteriormente expuestos, puede interrumpir el plazo y requerir que se amplíen o aclaren los puntos dudosos. Sin embargo, cuando se trata de resolver sobre las prórrogas, la Ley prevé un plazo de dos días para que el Juez tome la decisión sobre la prórroga de la medida ya acordada.<sup>141</sup>

Como se ha señalado, para el juez la autorización de la medida es potestativa, esto es, tanto puede acordar la medida solicitada como denegarla, respecto a esto es importante anotar que el único legitimado para recurrir la denegación

---

<sup>139</sup> STS, Sala de lo Penal, 2458/2001 de 15 abril. RJ 2002\6833

<sup>140</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op. Cit.*, p. 12

<sup>141</sup> LECrim, Artículo 588 bis f) 2)

de las medidas tecnológicas es el Ministerio Fiscal, ninguna otra parte del proceso penal tiene esta legitimación. Es lógico, ya que el Ministerio Fiscal actúa como garante de la legalidad, es él quien controla las actuaciones judiciales durante el proceso. En cuanto a esto señala el TC que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no sólo supone autorización del Juez, sino que ésta ha de dictarse en el seno de un proceso, lo que permite que la propia actuación judicial sea controlable y eficaz. Dado que la naturaleza de las medidas de investigación tecnológica y su finalidad exigen que la medida sea autorizada y desarrollada inicialmente sin conocimiento del interesado, éste no puede participar en el control de las actuaciones judiciales. No obstante, al desarrollarse éstas en un proceso, “esta ausencia ha de suplirse por el control que en él ejerce el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos”<sup>142</sup> y luego, una vez levantada la medida el propio interesado tiene que tener la posibilidad de conocer e impugnar la medida.

Respecto al contenido de la resolución, está contemplado éste en el artículo 588 bis c), de esta manera, el precepto exige prácticamente los mismos datos que el artículo anterior respecto al contenido de la solicitud de la medida tecnológica, con ciertas diferencias que cabe señalar aquí.

En primer lugar, anota el precepto, que la resolución judicial ha de contener además de la descripción del hecho punible objeto de investigación su calificación jurídica a diferencia de la solicitud de la medida. Este apartado, quizás, es el más importante. El Juez tiene que describir el hecho punible objeto de la investigación con precisión y además, debe calificar el delito o delitos que se investigan. “En efecto, la calificación jurídica, una vez que se ha relatado el hecho, producirá que se pueda más fácilmente controlar el principio de especialidad. Y, a su vez, que se conceda solamente en los casos que proceda, no para todos los delitos”.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> STC, Sala Pleno, 49/1999 de 5 abril. RTC 1999\49, en concreto, esta sentencia trata de interceptación de las comunicaciones telefónicas

<sup>143</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op.Cit.*, p. 13

En segundo lugar, señala la norma expresamente que los indicios en los que se funde la medida han de ser “racionales”, es decir, el Juez tiene que concretar el hecho punible objeto de la investigación con la precisión derivada de la descripción de la base fáctica aportada por quien le solicite la medida y, además, debe calificar el delito o delitos investigados sin ningún tipo de ambiguas o genéricas referencias. Por tanto, cabe entender que los indicios son “cualquier vestigio racional, deducido de los hechos alegados, que arroje el convencimiento judicial de que pueden obtenerse, a través de la diligencia interesada, elementos probatorios que determinen la evidencia de la culpabilidad del imputado, o que proporcionen una adecuada fuente de investigación con esa misma finalidad.<sup>144</sup> Respecto a la racionalidad de los indicios la doctrina del TC ha establecido que “los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo”.<sup>145</sup>

En tercer lugar, la extensión de la medida de injerencia ha de ser motivada en cuanto a los principios rectores previamente analizados en este trabajo.

En cuarto lugar en la resolución judicial ha de establecerse tanto la finalidad perseguida con la medida como la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida, que “dependerá del criterio controlador concreto de cada Juez –según el volumen de trabajo que tenga, la dificultad de la medida, los medios con que cuente la Policía, su propia organización interna, etc”.<sup>146</sup> Es decir, durante el tiempo de duración de la medida la Policía Judicial estará obligada a informar al Juez del desarrollo de la investigación mediante la medida autorizada y los resultados obtenidos en la forma y periodicidad indicada en el auto de autorización de la medida.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op.Cit.*, p. 13

<sup>145</sup> Esta posición es doctrina consolidada del TC, entre todas las sentencias puede verse especialmente la STC 167/2002 de 18 septiembre. RTC 2002\167

<sup>146</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 7

<sup>147</sup> MUERZA ESPARZA, J., *Las reformas procesales...*, *Op. Cit.*, p. 164

En quinto lugar, se debe indicar en el auto del Juez el sujeto obligado que llevará a cabo la medida (una operadora o un intermediario tecnológico, por ejemplo) y también mencionar expresamente su deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

En conclusión, la importancia de motivar la resolución se pone especialmente de manifiesto en tanto en cuanto la falta de motivación de las resoluciones judiciales por las que se autoriza este tipo de injerencias es la causa más habitual que se utiliza por las defensas para formular sus recursos de casación.<sup>148</sup>

Sin embargo, la resolución judicial que carece de alguno de los requisitos indicados por la ley no tendrá vicio de nulidad excepto si lo omitido sea esencia como, por ejemplo, la descripción del hecho o la existencia de indicios, siempre cuando se produzca indefensión, es decir, cuando la intervención de las comunicaciones vulnera la posibilidad de que se lleve a cabo una defensa efectiva contra el resultado de la medida realizada, que podrá ser ejercida cuando se alcen las medidas y el secreto, si la parte interesada lo recurre en plazo.<sup>149</sup> En cuanto a esto, el TS ha establecido que cabe cierta graduación de las irregularidades que pueden concurrir, señalando que éstas “pueden ser graduadas, existiendo actuaciones que pueden ser tenidas nulas por inconstitucionales, porque afectan al contenido esencial de un derecho fundamental, en tanto que otras son ilícitas, nulas o irregulares. Las irregularidades pueden ser objeto de graduación en función de la causación de indefensión y por la afectación a derecho al proceso debido. En términos generales la ilicitud procesal dará lugar a la irregularidad, a su vez, graduable en función de la afectación del derecho de defensa, en tanto que la ilicitud constitucional, dará lugar a la nulidad de la diligencias extendiendo sus efectos a las diligencias causalmente relacionadas por aplicación del art. 11.1 LOPJ,

---

<sup>148</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op. Cit.*, p. 13

<sup>149</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 8

analizando, en cada caso, la conexión entre la diligencia nula, por inconstitucional y las subsiguientes”.<sup>150</sup>

### 2.2.3.3. El secreto y la duración de la medida

Otras disposiciones comunes para las medidas de investigación tecnológica hacen referencia al secreto y a la duración de tales medidas.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la ley establece que tanto la solicitud como las actuaciones posteriores vinculadas con la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta sin necesidad de declaración expresa.<sup>151</sup> Con esta regulación el legislador quiere señalar que en este tipo de diligencias rige el principio de secreto interno y no hay necesidad de que se haya declarado expresamente.

Con la nueva regulación cuando está autorizada la medida, se hace independiente de la pieza principal hasta que cesa la última medida para todos los intervenidos en su conjunto,<sup>152</sup> en cuyo caso, si no hay más necesidad del sigilo, se levanta el secreto decretado por la ley y se notifica a los afectados para que puedan recurrirlo. Mientras que anteriormente era necesario decretar el secreto total de la causa, la nueva ley, sin embargo, permite que se haga secreta la pieza correspondiente a la medida de que se trate sin necesidad de declaración expresa, ya que su secreto se establece por la ley.<sup>153</sup>

Respecto de la duración de estas medidas, cabe destacar que son temporales, como todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales, y, por tanto, tienen su plazo de duración. De esta manera, la norma prevé para cada modalidad un plazo específico, mientras que en la disposición común del artículo 588 bis e) únicamente se señala que la duración en cualquier caso, no puede superar el tiempo imprescindible para esclarecer los hechos, es decir, las circunstancias esenciales de los hechos y su autor. Según VELASCO

---

<sup>150</sup> STS, Sala de lo Penal, Sección Primera, 729/2015 de 24 noviembre. RJ 2015\6316

<sup>151</sup> LECrim, Artículo 588 bis d)

<sup>152</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 8

<sup>153</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op. Cit.*, p. 15

NÚÑEZ, “el término literal "hechos" significa aquí cualquier componente principal del objeto del proceso”.<sup>154</sup>

En cuanto a este plazo específico que se ha mencionado, podemos ver que se establece para casi todas las medidas tecnológicas una duración inicial de 3 meses. Sin embargo, ésta puede ser prorrogada por períodos sucesivos, previa solicitud motivada del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial dirigida al Juez competente con antelación suficiente a la expiración del plazo ya conseguido.

Para concluir, no podemos evitar preguntarnos si la duración de la medida se refiere a la persona del investigado o al medio tecnológico, es decir, si la persona investigada cambia el número de teléfono, por ejemplo, en este caso tendrá que establecerse un nuevo plazo o sigue el ya autorizado. Ante silencio de la ley respecto a esto, hay que entender que la duración máxima de 18 meses, legalmente prevista, es por cada investigado, que es el titular de derechos, y no sus terminales, por un mismo procedimiento. Por tanto, el cambio de terminal o de número telefónico realizado por un mismo investigado “se puede convalidar, por el período que reste, si se mantienen las circunstancias que determinaron interceptar el aparato inicial”.<sup>155</sup> En este mismo sentido señala SÁNCHEZ MELGAR que “las medidas se dictan con dos condicionantes: una investigación y una persona afectada por la injerencia. El tiempo máximo debe contemplar ambos aspectos. No parece razonable que el simple cambio de tarjeta telefónica ocasione la ampliación del plazo. Sin embargo, cuando no se conozca la titularidad del abonado, la solución debe ser la inversa.”<sup>156</sup>

Solo queda añadir que en los casos cuando unos investigados lleven a otros, por ejemplo en los procesos por crimen organizado, la duración de las intervenciones telecomunicativas puede superar los 18 meses, sin embargo no puede superar este plazo máximo por cada investigado.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica...”, *Op. Cit.*, p. 8

<sup>155</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Interceptación de las comunicaciones: tecnologías en particular”, Sepín, SP/DOCT/21098, <https://www.sepin.es>, Junio, 2016, p. 8

<sup>156</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación ...”, *Op. Cit.*, p. 15

<sup>157</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Interceptación de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 8

### 3. La intervención de las comunicaciones electrónicas

#### 3.1. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones

El derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental y está regulado en el artículo 18.3 de la Constitución española. Para la mejor comprensión del tema de la intervención de las comunicaciones electrónicas procede primero estudiar este derecho fundamental ya que se encuentra limitado por las medidas de investigación a que se refiere este trabajo.

##### 3.1.1. Antecedentes históricos

Ante todo, parece conveniente presentar una breve reseña histórica de la evolución del derecho al secreto de las comunicaciones en el Derecho español. Por primera vez, el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, así se llamaba entonces, fue reconocido en la Gloriosa Constitución de 1869, su artículo 7 señalaba que "En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de Auto de Juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por el correo". Este precepto sufrió ciertas modificaciones y pasó por varias Constituciones sucesivas para llegar a la Constitución Republicana de 1931 en la siguiente formulación "Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario". Es decir, evolucionó y permitió una interpretación más flexible y expansiva.<sup>158</sup>

Por lo que respecta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción originaria ya regulaba la interceptación de la correspondencia pero solo contemplaba la posibilidad de la intervención de correos postales o telegráficos. Este precepto después estaba desarrollado por la Real Orden de 16 de septiembre de 1883.

---

<sup>158</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., "Origen y fundamentos constitucionales del secreto de las comunicaciones", Sepín, SP/DOCT/20386, <https://www.sepin.es>, Marzo, 2016, pp. 1-4

No obstante, “tras la referencia que se haría al secreto de la correspondencia en el art. 13 del Fuero de los Españoles de 1945, a la garantía de la libertad y secreto de la correspondencia, el definitivo reconocimiento expreso de la protección constitucional de las comunicaciones telefónicas habría de esperar al art. 18.3 de la Constitución de 1978”,<sup>159</sup> que establece que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.” Es decir, la Constitución ya se refiere expresamente a la posibilidad de intervenir, además de las comunicaciones postales y telegráficas, las comunicaciones telefónicas gozando de autorización judicial. Y a partir de entonces “se crearon en doctrina y jurisprudencia ciertas expectativas favorables a considerar que la CE era, de por sí, título habilitante para dar carta de naturaleza a intervenciones de comunicaciones telefónicas acordadas en el contexto de una investigación criminal”.<sup>160</sup>

### 3.1.2. Concepto y extensión

Con el fin de profundizarnos en el estudio del derecho fundamental al secreto de comunicaciones conviene partir de una inicial definición de las comunicaciones.

Según HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y MARTÍNEZ MARTÍN “las comunicaciones constituyen un medio ampliamente utilizado por sus usuarios para el traslado e intercambio de información relativa a muy variados objetos”.<sup>161</sup> RODRÍGUEZ LAINZ ofrece una definición más completa de la comunicación, la define como “la transmisión, compartición o intercambio de información entre dos o más sujetos determinados o determinables, dirigida a través de determinados canales cerrados de comunicaciones que son gestionados por terceras

<sup>159</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Origen y fundamentos constitucionales...”, *Op. Cit.*, p. 4

<sup>160</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La intervención de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 1

<sup>161</sup> HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., *Secreto de las comunicaciones*, Ed. Dilex, Madrid, 2015, p. 13

personas o entidades, en quienes se confía no solo su buen fin, sino también la confidencialidad en su gestión frente al conocimiento ajeno”.<sup>162</sup>

Después de haber visto qué son las comunicaciones procede ver en que consiste el derecho al secreto de éstas. Ante todo señalar que desde la perspectiva semántica el término “secreto” significa que el sujeto en cuestión tiene voluntad de guardar algo, mantenerlo oculto, escondido del conocimiento de la sociedad.<sup>163</sup> Por tanto el derecho al secreto de las comunicaciones es el que “autoriza a su titular a mantener en secreto sus comunicaciones con sus interlocutores, excluyendo a cualquier tercero”.<sup>164</sup>

Como se ha señalado con anterioridad, el derecho al secreto de comunicaciones está previsto en el artículo 18.3 de la Constitución española. Por tanto, dado su ubicación dentro de la Sección Primera, Capítulo segundo del Título primero, dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas (art. 14 a 29, ambos inclusive) el derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental.

Como bien se sabe, los derechos fundamentales son los derechos constitucionales que se consideran esenciales en el sistema político y están especialmente vinculados a la dignidad humana. De este modo, señala el TC que “si el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) constituye una plasmación singular de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que son “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE), las comunicaciones comprendidas en este derecho han de ser aquellas indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana; por tanto, la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier

---

<sup>162</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Origen y fundamentos constitucionales...*, *Op. Cit.*, p. 5

<sup>163</sup> Si acudimos al diccionario de la RAE para aclarar este concepto, vamos a encontrar entre muchas acepciones dos que nos interesan: como adjetivo “secreto” es “culto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás” y como sustantivo “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”, [www.rae.es](http://www.rae.es), consultado el 30/05/2017

<sup>164</sup> HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., *Secreto de las comunicaciones...*, *Op. Cit.*, p.

conjunto de sonidos, señales o signos”.<sup>165</sup> En tal sentido, cabe entender que el derecho al secreto de las comunicaciones “trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales”.<sup>166</sup>

Para la mejor comprensión del tema, nos parece conveniente examinar, siquiera fuera de forma breve, el concepto de los derechos fundamentales. Desde una perspectiva clásica los derechos fundamentales se conciben como derechos subjetivos, como derechos de libertad ante el Estado. El individuo, el ciudadano tiene esferas de actuación que no están sometidas al poder estatal y que éste les garantiza.<sup>167</sup>

Según ÁLVAREZ CONDE y TUR AUSINA, existe un debate doctrinal en torno a los derechos fundamentales que se centra en una doble consideración. Por una parte, los planteamientos formalistas, según los cuales se consideran fundamentales los derechos que gozan de una protección especial, como por ejemplo, el recurso de amparo constitucional o el principio de reserva de ley orgánica. Y, por otra parte, los planteamientos de carácter material, que consideran que la condición de derechos fundamentales se determina, entre otros, por dos requisitos: “por un lado, solo tienen esta consideración aquellos derechos subjetivos de la persona frente a los poderes públicos, garantizándose de este modo un estatus jurídico de libertad, y, por otro, se exigiría además que esos derechos se observasen convirtiéndose en valores o elementos configuradores y fundamentadores del propio sistema político”.<sup>168</sup>

Es importante agregar que el concepto de derecho fundamental tiene en la Constitución española un significado no unitario; mediante él no se describe una sola categoría técnica jurídica, sino que agrupa a varias de ellas. Se puede

---

<sup>165</sup> STC, Sala Primera, 281/2006 de 9 octubre. RTC 2006\281

<sup>166</sup>HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., *Secreto de las comunicaciones...*, Op. Cit., p. 14

<sup>167</sup>BAÑO LEON, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, [Revista española de derecho constitucional](#), ISSN 0211-5743, Año nº 8, Nº 24, 1988, pp. 155-179

<sup>168</sup>ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Derecho constitucional*, 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2013, p. 236

ver esta situación desde la perspectiva de las llamadas generaciones de derechos y libertades.<sup>169</sup> Pues siguiendo este criterio en primer lugar cabe destacar los derechos de defensa del individuo frente a los poderes públicos, tratando de garantizar una esfera de autonomía individual inmune a la acción de los poderes del Estado. En segundo lugar, nos encontramos ante los derechos de prestación que generan obligaciones por parte de los poderes públicos, es la llamada generación del constitucionalismo socioeconómico. En tercer lugar, tenemos los llamados “derechos de solidaridad”, que suponen “la consagración, a nivel constitucional, de las transformaciones experimentadas por el Estado constitucional de nuestros días, y, en particular, implicarían la necesidad de aunar esfuerzos y responsabilidades sociales respecto a su propia naturaleza, con la finalidad de atender a bienes y derechos que cobran sentido desde la colectividad (paz, desarrollo y medio ambiente)”.<sup>170</sup> En cuarto y último lugar, a todos estos derechos cabe sumar una cuarta generación de derechos vinculados con las nuevas tecnologías.

Según el criterio arriba expuesto, el derecho al secreto de las comunicaciones pertenece a la primera categoría, es decir, es un derecho de defensa del individuo frente a los poderes públicos que está concebido para garantizar una esfera de autonomía individual inmune a la acción de los poderes del Estado.

Una vez visto el concepto de los derechos fundamentales y aclarado que el derecho al secreto de las comunicaciones es uno de ellos, nos podemos preguntar qué comunicaciones quedan amparadas por este derecho fundamental.

Para empezar, compartimos con HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y MARTÍNEZ MARTÍN que la protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca tanto todos los medios de comunicación existentes en el momento de aprobarse la Constitución como los que han ido surgiendo o van a surgir en el

---

<sup>169</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Derecho constitucional...*, Op. Cit., p. 236

<sup>170</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Derecho constitucional...*, Op. Cit., p. 236

futuro sin que haya limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan ser empleados.<sup>171</sup>

Por otro lado, es importante señalar que para que las comunicaciones queden amparadas por el derecho al secreto del artículo 18.3 tienen que reunir tres características: en primer lugar, ha de realizarse intercambio o compartirse información, en segundo lugar, las personas que comunican han de participar en los procesos de socialización, y tienen que ser determinados o determinables, “tanto en los supuestos de comunicaciones unidireccionales -correo electrónico-, bidireccionales -conversación telefónica-, como multidireccionales -redes sociales-”,<sup>172</sup> y, en tercer lugar, que dichas comunicaciones estén intermediadas por una operadora “que formalmente las vehiculiza -protege y excluye de terceros- a través de un canal cerrado y con un elevado grado de confidencialidad”.<sup>173</sup>

Parece que el derecho en cuestión tiene que ver con que, como es sabido, la gente suele transmitir o compartir la información de muchos tipos, sus ideas, sentimientos, pensamientos, datos, imágenes, vídeos, etc., esto es lo que constituye el contenido de la comunicación, y en este contenido “también se incluyen datos relacionados con las esferas privadas de las personas, e incluso relativas a los reductos más íntimos de su privacidad. En cualquier caso, expresiones de su intimidad que no desean compartir más que con el interlocutor y que pretenden mantener fuera del conocimiento y posible control de terceros, especialmente de los poderes públicos”.<sup>174</sup>

No obstante, señala el TC que el concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal “en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”,<sup>175</sup> esto es, el derecho al

<sup>171</sup> HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., *Secreto de las comunicaciones...*, *Op. Cit.*, p. 14

<sup>172</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Origen y fundamentos constitucionales...*, *Op. Cit.*, p. 5

<sup>173</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Interceptación de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 1

<sup>174</sup> HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., *Secreto de las comunicaciones...*, *Op. Cit.*, p. 13

<sup>175</sup> STC, Sala Primera, 70/2002 de 3 abril. RTC 2002\70

secreto de las comunicaciones es independiente del propio contenido de las comunicaciones y la lesión del derecho se produce con la mera intervención y no es importante si se accede o no el mensaje o a su contenido. Lo que se protege es la reserva de las comunicaciones, es decir, el mero proceso comunicativo entre sujetos.<sup>176</sup>

En cuanto al concepto actual de secreto, la doctrina constitucional ha afirmado que “el concepto de “secreto”, que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales”.<sup>177</sup> Respecto a esto se profundizará en adelante.

### 3.1.3. Relación con con el derecho a la intimidad

Una vez estudiado el concepto del derecho al secreto de las comunicaciones y su extensión es importante ver qué relación tiene éste con el derecho a la intimidad, ya que estos dos derechos fundamentales aunque se regulan por el mismo artículo 18 CE, son derechos autónomos y cada uno de ellos tiene su propio contenido.

La protección constitucional del derecho al secreto hoy día se va ampliándose a una visión que va más allá de su configuración clásica y de este modo se puede hablar de un auténtico derecho a la libertad de comunicación.<sup>178</sup> Añade a esto RODRÍGUEZ LAINZ que “la llamada libertad de comunicaciones, [es] aquel derecho que tenemos todos a expresarnos libremente e interrelacionarnos con todo aquello que abarca el entorno social”.<sup>179</sup>

Siguiendo a ÁLVAREZ CONDE y TUR AUSINA, el derecho al secreto de las comunicaciones, como manifestación de la libertad de comunicación, debe entenderse dentro de los aspectos generales referentes al derecho a la intimidad personal y familiar. Aunque es importante matizar que el derecho al

<sup>176</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Derecho constitucional...*, Op. Cit., p. 345

<sup>177</sup> STC, Sala Segunda, 114/1984 de 29 noviembre. RTC 1984\114

<sup>178</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Derecho constitucional...*, Op. Cit., p. 345

<sup>179</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Origen y fundamentos constitucionales...*, Op. Cit., p. 8

secreto de las comunicaciones es un derecho autónomo, y por tanto puede ser violado sin vulneración del derecho a la intimidad, porque es un derecho que consagra implícitamente y a través del secreto la libertad de comunicaciones.<sup>180</sup>

Cabe deslindar, por tanto, estos dos derechos fundamentales y para ello es importante saber qué supone el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE. Ante todo, hay que anotar que la Constitución española no define la intimidad mientras que desde la perspectiva semántica la intimidad es “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.<sup>181</sup> Cabe entender, por tanto, que dentro de la vida privada que desarrolla una persona libremente, se protege la intimidad, esta zona íntima y reservada, “con más intensidad, porque se entiende esencial en la configuración de nuestra persona.”<sup>182</sup>

Según la doctrina del TC, el derecho a la intimidad “tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza, pues, una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”.<sup>183</sup>

Por tanto, aunque estos dos derechos, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, mantienen un estrecho vínculo ya que ambos se refieren a la personalidad humana, cada uno de ellos tiene su contenido propio y específico y el derecho al secreto de las comunicaciones posee un contenido más amplio.

---

<sup>180</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Derecho constitucional...*, Op. Cit., p. 345

<sup>181</sup> RAE, [www.rae.es](http://www.rae.es), consultado el 30/05/2017

<sup>182</sup> ZOCO ZABALA, C., *Nuevas tecnologías...*, Op. Cit., p. 97-99

<sup>183</sup> STC, Sala Segunda, 176/2013 de 21 octubre. RTC 2013\176

“Lo que el artículo 18.3 CE pretende salvaguardar es cualquier clase de comunicación, no sólo las íntimas, con independencia de su contenido, por lo que se le califica por la doctrina como un derecho fundamental de carácter formal”.<sup>184</sup> En relación con la interceptación de las comunicaciones “el derecho a la intimidad sólo será vulnerado si, como consecuencia de una intervención de las comunicaciones constitucionalmente conforme, la policía revela a terceros los datos no de tráfico recabados para obtener pruebas de la presunta comisión del delito. En tal sentido, la policía tiene que guardar secreto profesional acerca de los datos obtenidos como consecuencia de la interceptación de las comunicaciones”.<sup>185</sup>

Asimismo, debe señalarse como consecuencia de la autonomía del derecho al secreto de las comunicaciones respecto al derecho a la intimidad, que puedan ser titulares del mismo tanto las personas físicas como jurídicas. No obstante, dado que lo protegido por el artículo 18.3 CE no es lo que se comunica, sino la comunicación en sí misma, si un comunicante revelara el contenido, vulneraría el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE en el caso de invasión en la esfera íntima de la persona.<sup>186</sup>

También es importante matizar que “la garantía del secreto es un mecanismo indispensable para que podamos ejercer un derecho que emana directamente del mandato del art. 8.1 CEDH<sup>187</sup> : el derecho que todos tenemos a relacionarnos con nuestro entorno social sin ningún tipo de injerencia externa, ni de los poderes públicos ni de cualesquiera otras personas”.<sup>188</sup>

#### **3.1.4. Limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones**

Una vez establecido que el derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental y su posición entre otros derechos es preciso subrayar

<sup>184</sup> BERNING PRIETO, A.D., “La intervención de las comunicaciones electrónicas”, Revista Aranzadi Doctrinal, num. 3/2012, <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, Cizur Menor, 2012, p. 1

<sup>185</sup> ZOCO ZABALA, C., *Nuevas tecnologías...*, *Op. Cit.*, p. 101

<sup>186</sup> BERNING PRIETO, A.D., “La intervención de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 2

<sup>187</sup> CEDH en su artículo 8.1 establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”

<sup>188</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Origen y fundamentos constitucionales...*, *Op. Cit.*, p. 8

que este derecho, al igual que ocurre con otros derechos fundamentales (excepto el derecho a la vida), no es absoluto y en determinadas situaciones puede ser limitado. Es decir, en una sociedad democrática puede darse el caso en que determinados derechos aunque sean fundamentales pueden ser restringidos, respetando las debidas garantías, en aras de investigación criminal para atender a determinados intereses que se consideran prevalentes.<sup>189</sup>

De esta manera la propia Constitución española junto con otras leyes, regula la posibilidad de restringir el derecho al secreto de las comunicaciones en determinados casos. Estos casos son los siguientes: cuando así se disponga mediante un auto judicial (artículo 18.3 CE, desarrollado en la LECrim, artículos 579 a 588); una vez declarado el estado de excepción o sitio (artículo 55.1 CE); durante la investigación de delitos de terrorismo (artículo 55.2 CE, desarrollado por la LECrim, artículo 579.4); y por último cuando se trata de personas presas en establecimientos penitenciarios (artículo 25.2 CE, desarrollado por la Ley General Penitenciaria y su Reglamento).<sup>190</sup>

Algunas condiciones de la limitación de este derecho fundamental las hemos visto con anterioridad. De esta manera, estudiamos la restricción de este derecho mediante autorización judicial, los requisitos que han de cumplirse para poder limitar este derecho, tales como proporcionalidad, necesidad, idoneidad, motivación y especialidad de la medida. Asimismo hemos señalado las excepciones a esta regla general en casos de urgencia cuando se trata de delitos de terrorismo o cometidos por bandos armados, en estos supuestos puede acordar la medida limitativa del derecho al secreto el Ministerio del Interior con la obligación de informar al Juez competente en el plazo de 24 horas.

Cabe hacer aquí una precisión, aunque muchas veces se utiliza el término “autorizar” la medida, en realidad no se trata de que el Juez la autoriza, sino

---

<sup>189</sup> HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., *Secreto de las comunicaciones...*, Op. Cit., p. 14

<sup>190</sup> HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., *Secreto de las comunicaciones...*, Op. Cit., p. 22

que la “acuerda” ya que es el Juez quien es responsable de la investigación y de la forma en la que se limita el derecho, aun cuando delegue a la policía que ejecute dicha medida.<sup>191</sup>

Para concluir, el TS en su sentencia de 4 de octubre de 2011 destaca el papel del Juez en lo que concierne a la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, señalando tanto la Constitución como el artículo 11.1 de la LOPJ prohíben la obtención y utilización de datos incriminatorios contra un imputado mediante actuaciones que supongan, directa o indirectamente, una vulneración de algún derecho fundamental. “No se trata... de sostener una presunción de ilegitimidad de las actuaciones de los órganos del Estado. Pero ha de admitirse que en un sistema democrático de derechos y libertades efectivos, la regla general es la vigencia de los mismos, de forma que cuando los poderes públicos han procedido a su restricción no basta con suponer que lo han hecho de acuerdo con la ley, sino que los afectados tienen derecho a cuestionarlo y a exigir la demostración de tal regularidad, para lo cual es preciso demostrar la existencia de una razón suficiente. Y ese derecho debe ser amparado por los Tribunales”.<sup>192</sup>

### 3.2.1. Concepto

Después de haber profundizado en el estudio del derecho al secreto del artículo 18.3 CE y en las condiciones para su limitación procede abordar el tema de la intervención de las comunicaciones, y concretamente en este trabajo nos centraremos en las electrónicas.

Primero cabe aclarar el concepto de las comunicaciones electrónicas o telemáticas. Como bien señala FUENTES SORIANO, son “aquellas que permiten establecer vínculos comunicativos a larga distancia, a través de internet: el correo electrónico, el navegador o explorador web, la videoconferencia, el chat, el foro, la mensajería instantánea telefónica (como

---

<sup>191</sup>HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., *Secreto de las comunicaciones...*, Op. Cit., p. 15

<sup>192</sup> STS, Sala de lo Penal, Sección Primera, 1003/2011 de 4 octubre. RJ 2011\7484

los SMS) o los mensajes instantáneos de proveedores (como WhatsApp) entre otros".<sup>193</sup> Asimismo, MARTÍ MANENT las define como "un servicio de transmisión a cambio de una remuneración o no, que consiste en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión".<sup>194</sup>

Ahora, una vez definido este tipo de comunicaciones cabe determinar qué es la intervención de las mismas. Siguiendo a GIMENO SENDRA "la intervención de las comunicaciones [en general], como su nombre indica, consiste en la restricción del derecho fundamental contenido en el art. 18.3 CE efectuada por una resolución judicial motivada, en cuya virtud se autoriza a la policía judicial a entrar en un procedimiento de comunicación o base datos personal, con el objeto de conocer y, en su caso, recabar y custodiar una noticia, pensamiento o imagen penalmente relevante para su reproducción en un juicio oral incoado por la comisión de un delito grave."<sup>195</sup>

De lo expuesto anteriormente podemos deducir, que la intervención de las comunicaciones electrónicas es una diligencia de investigación tecnológica que supone una limitación del derecho fundamental al secreto del artículo 18.3 CE mediante la autorización judicial motivada para que la policía intercepte una comunicación de tal tipo en aras de obtener información sobre los hechos delictivos y su presunta autoría para su posterior incorporación en el juicio oral incoado por la comisión de un delito grave.

La pregunta que puede surgir respecto a este tema es qué procesos comunicativos electrónicos están cubiertos por el derecho fundamental al secreto y respecto a los cuales, por tanto, cabe intervención.

---

<sup>193</sup> FUENTES SORIANO, O. "Comunicaciones telemáticas...", *Op. Cit.*, p. 277

<sup>194</sup> MARTÍ MANENT, [http://www.derecho.com/c/Comunicaci%C3%B3n\\_electr%C3%B3nica](http://www.derecho.com/c/Comunicaci%C3%B3n_electr%C3%B3nica) , consultado el 03/06/2017

<sup>195</sup> GIMENO SENDRA, V., "La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas", <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-39/697-la-intervencion-de-las-comunicaciones-telefonicas-y-electronicas-0-2863723191305737> , p. 1, consultado el 30/05/2017

Tal y como se ha visto con anterioridad, señala VELASCO NÚÑEZ que estas comunicaciones, en primer lugar, tienen que cumplir ciertos requisitos: que se realice intercambio de información; que se ven éstas asociadas a procesos humanos de socialización; y que estén también intermediadas por una operadora a través de un canal cerrado. En segundo lugar, solo se ven cubiertos por este derecho “los procesos comunicativos en curso, cualquiera que sea su formato -telefónicos, en mensaje de texto escrito, audio o vídeo, etc.-, transmitidas por cable u onda”.<sup>196</sup> Por tanto, cabe entender que las comunicaciones que no se transmiten por cable u onda, o en las que no se interfiere un tercero (la operadora) o si son intercambios de información en los que no se comunican personas, sino máquinas, no quedan amparadas por este derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y por tanto no cabe hablar de la intervención de éstas.

Asimismo, señala este autor que una vez cedidas las comunicaciones transmitidas por cables u ondas, “los rastros y datos privados personales que arrojan, afectan ya a otro derecho, de protección menor, cual es el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) o el de a la protección del dato personal o a la intimidad frente a los tratamientos automatizados (art. 18.4 CE)”.<sup>197</sup>

### 3.2.2. Marco normativo

Para completar la visión sobre la intervención de las comunicaciones electrónicas cabe hacer una referencia a los textos normativos que las regulan.

En primer lugar, respecto a la normativa internacional, merece ser mencionado el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Este Convenio en su artículo 8 proclama que “toda persona tiene derecho el respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”<sup>198</sup>, y

---

<sup>196</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Interceptación de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 1

<sup>197</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Interceptación de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 1

<sup>198</sup> CEDH establece en su artículo 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la

añade en el segundo párrafo que es posible la injerencia cuando está prevista por la ley y es una medida necesaria para lograr los fines legítimos.

En segundo lugar, tal y como se ha señalado en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, la intervención de las comunicaciones electrónicas está contemplada por la Constitución en su artículo 18.3 cuando se refiere al derecho al secreto de las mismas, y se exige la autorización judicial para intervenirlas.

En tercer lugar, está regulada esta materia en la LECrim: Capítulo III (art. 579 de la correspondencia escrita o telegráfica), Capítulo IV (principios rectores), Capítulo V (reglas específicas). En concreto, el Capítulo V engloba los artículos 588 ter a) al 588 ter m) que se refieren a “la interceptación” de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. El legislador equipara estos dos procesos comunicativos de manera que no distingue entre una escucha telefónica, por ejemplo, y una intervención al correo electrónico. En cuanto al término “interceptación”, que es una novedad introducida por la reforma de 2015, GONZÁLEZ NAVARRO hace una crítica, diciendo que “quizás habría sido más acertado seguir aludiendo a la intervención u observación de las comunicaciones, puesto que la expresión elegida por legislador parece dar a entender que la comunicación, el mensaje, no llega a su destino”.<sup>199</sup> Esta crítica parece razonable, ya que desde la perspectiva semántica el término “interceptar” tiene tres acepciones y todas ellas suponen una interrupción del proceso, una detención de algo en su camino sin que llegue a su destino.<sup>200</sup>

En el artículo 588 ter a) el legislador contempla los presupuestos para que una intervención telefónica o telemática pueda llevarse a cabo, y son los siguientes: por un lado los delitos del artículo 579.1 LECrim, son a) delitos dolosos

---

seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>199</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, A., “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal: las regulaciones española y alemana” en *El proceso penal cuestiones fundamentales*, (Coord. FUENTES SORIANO, O.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 402

<sup>200</sup> El Diccionario de la RAE, [www.rae.es](http://www.rae.es), señala que interceptar es 1. apoderarse de algo antes de que llegue a su destino; 2. detener algo en su camino; 3. interrumpir, obstruir una vía de comunicación, consultado el 08/06/2017

castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, b) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, c) delitos de terrorismo; y por otro lado la ley añade delitos “cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”.<sup>201</sup> De esta manera, parece que el legislador opta por un sistema mixto para determinar qué delitos han de concurrir para que el juez pueda autorizar la medida de intervención de las comunicaciones, es decir, por una parte recurre a un criterio cuantitativo, el límite máximo de la pena prevista, y por otra parte, un criterio cualitativo, el listado de los delitos, aunque sin especificación de los tipos penales concretos del CP.<sup>202</sup>

En cuarto lugar y para finalizar, a la legislación anteriormente citada hay que sumar la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGT) y la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas (LCDCE).

Antes de detenernos en esta última ley, conviene aclarar unos conceptos que nos van a permitir diferenciarlos en adelante. Ante todo, señalar que la cesión de datos se entiende como la facilitación por un tercero de datos concernientes a las comunicaciones o a los sujetos que participan en ellas. Luego, hay que diferenciar entre dos realidades distintas: retención y conservación de datos. La retención de datos (art. 588 octies), supone la preservación de los datos concretos por los terceros que los tengan a su disposición, basada en una orden legal para poder garantizar su posterior cesión cuando haga falta en el seno de una concreta investigación criminal. La conservación de datos, en su caso, es “la sistemática recopilación masiva de todos los datos generados como consecuencia de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicaciones electrónicas, por mandato

---

<sup>201</sup> LECrim, Artículo 588 ter a). *Presupuestos*

<sup>202</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, A., “Nuevas tecnologías aplicadas...”, *Op. Cit.*, p. 404

legal –art. 1 LCDCE–, a los efectos de una ulterior eventual cesión en el contexto de una concreta investigación criminal”.<sup>203</sup>

Una vez aclarados los conceptos, volvemos a la última ley mencionada, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas, que ha surgido como respuesta a la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo del Consejo, de 15 de marzo. Esta Directiva tiene como objetivo imponer la obligación a los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos, para que los agentes facultados puedan disponer de ellos. La finalidad de esta obligación es la protección de la seguridad pública y los datos que se deben conservar son vinculados al proceso comunicativo y no reveladores de su contenido, incluida la información obtenida de una red de comunicaciones electrónicas. En todo caso, para que estos datos puedan ser cedidos por los operadores es necesaria la autorización judicial para los fines de detección o investigación de delitos graves. Por tanto, la LCDE regula la conservación de los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y los datos de identificación de los usuarios registrados, entre otros.<sup>204</sup>

### 3.2.3. Datos de tráfico

Hay que tener en cuenta que cada comunicación concreta va acompañada con una serie de datos, además de su propio contenido. Esta información se conoce como datos de tráfico, que pueden ser de diferentes tipos, lo que va a ser relevante a la hora de valorar qué derecho fundamental se ve afectado por la interferencia en estos datos, y por tanto si es necesaria o no autorización judicial.<sup>205</sup> De esta manera, como señala el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 13/2015 “en la investigación de algunos hechos delictivos, la

---

<sup>203</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, “Conservación de datos y acceso a datos de tráfico”, Sepín, SP/DOCT/20389, [www.sepin.es](http://www.sepin.es), marzo, 2016, p. 2

<sup>204</sup> HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., *Secreto de las comunicaciones...*, Op. Cit., p. 23-24

<sup>205</sup> FUENTES SORIANO, O., "La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015", en *El nuevo proceso penal tras las reformas* (Dir. ALONSO CUEVILLAS SAYROL, J.), de 2015, Atelier, Barcelona, 2016, p. 269

incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados, puede resultar de una importancia decisiva”.

Por tanto, resulta conveniente estudiar a continuación el concepto de los datos de tráfico y los derechos fundamentales que entran en juego cuando se trata de su captación o cesión por parte de los operadores.

### 3.2.3.1. Concepto

Como ya se sabe, la reforma de la LECrim es un gran avance en la regulación de la intervención de las comunicaciones y en especial de las electrónicas. Hasta esta reforma sólo estaban regulados el acceso a determinados datos de tráfico por la Ley General de Telecomunicaciones y la obligatoria conservación y cesión de los datos por exigencia de la Ley de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas además del artículo 579 LECrim. La reforma ha introducido importantes novedades en este ámbito, ha ampliado la concepción de los datos de tráfico o asociados al proceso comunicativo, introduciendo unos datos que se generan automáticamente cuyo objetivo no es una concreta comunicación, sino que se refieren a la conectividad de los dispositivos a la red para cuando sea necesario gestionar una comunicación que tenga por origen o destino a un determinado terminal y para añadir a estos otros datos que también podrían llegar a considerarse auténticos contenidos, como los determinados servicios de valor añadido o los datos sobre accesos a concretas localizaciones de prestadores de servicios.<sup>206</sup>

La nueva ley define los datos de tráfico o asociados como “todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga”.<sup>207</sup> Siguiendo la Ley 25/2007 de Conservación de Datos, tendríamos que entender que los datos de tráfico son aquellos que informan sobre el origen y destino del

---

<sup>206</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, “Conservación de datos...”, *Op. Cit.*, p. 1

<sup>207</sup> LECrim, Artículo 588 ter b) 2

proceso comunicativo, permiten identificar al usuario o al abonado registrado, asimismo los datos de tráfico indican la fecha, hora, localización de la comunicación, su tipo y el equipo empleado.<sup>208</sup>

Señala RODRÍGUEZ LAINZ que los datos de tráfico permiten identificar contactos y conexiones, geolocalizar a los dispositivos electrónicos, tanto en el presente como en el pasado, establecer las relaciones comunicativas que utilizan herramientas o técnicas que favorecen el anonimato, e, incluso, pueden servir como instrumento para averiguar el origen verdadero de una comunicación en las situaciones cuando hay sospechas que se ha usado fraudulentamente un determinado punto de acceso a la red.<sup>209</sup>

La Ley Orgánica 13/2015, por la que se ha modificado la LECrim, establece un tratamiento diferenciado a los datos de tráfico o asociados al proceso de comunicación respecto de los datos no relacionados con un concreto proceso comunicativo o de prestación de un servicio de telecomunicaciones (art.588 ter b) 2 LECrim). Esta diferenciación es muy importante en relación con el derecho fundamental que puede ser afectado: el derecho al secreto de comunicaciones, el de intimidad o de protección de datos. En cuanto a la injerencia en el derecho al secreto, ésta exige siempre previa autorización del Juez (art. 18.3 CE), mientras que cuando se interfiere en el derecho a la intimidad o el derecho de protección de datos, caben excepciones a la exigencia de autorización previa judicial respetando siempre los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.<sup>210</sup>

El establecimiento de este criterio es la consagración en la LECrim de la posición asentada por la jurisprudencia y la doctrina del TC. A continuación procede detenernos en algunos detalles de esta posición.

Respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, cabe señalar, que tras la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 2 de agosto

---

<sup>208</sup> LCDCE, la Ley 25/2007, de 18 de octubre

<sup>209</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, "Conservación de datos ...", *Op.cit.*, p. 1

<sup>210</sup> GUAJARDO PÉREZ, I., "Derecho al secreto...", *Op. Cit.*, p. 4

de 1984, “caso Malone”, el TC establece que este derecho “garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión –eléctrico, electromagnético u óptico, etc.– de la misma”.<sup>211</sup> Es decir, la doctrina reconoce que el derecho al secreto cubre no solamente el contenido de las comunicaciones, sino que incluye su propio proceso y protege también los aspectos externos al mismo, tales como datos subjetivos de los interlocutores, fecha, duración, etc., independientemente del método usado.

En cuanto a esto hay que matizar, que para que haya cobertura del derecho al secreto para los aspectos externos al proceso de la comunicación es imprescindible que por lo menos este proceso se haya iniciado. La posición de la jurisprudencia podemos encontrar en la sentencia del TC de 3 de junio de 2002, que descarta vulneración de dicho derecho porque no se produjo ninguna intervención en el proceso comunicativo dado que “el paquete postal se interceptó y abrió antes de depositarse en las oficinas postales para su remisión al destinatario”.<sup>212</sup> RODRÍGUEZ LAINZ comenta respecto a esto “no es que el Alto Tribunal nacional no reconociera tal condición de la carta confiada a un servicio postal como protegida por el ámbito tuitivo de la libertad de comunicaciones, sino que al no haberse iniciado aún el proceso comunicativo el interesado no podía acudir al secreto de las comunicaciones como herramienta de protección”.<sup>213</sup>

Y en cuanto a los derechos afectados por la cesión de los datos retenidos por parte de operadores o personas que facilitan la comunicación, la jurisprudencia

---

<sup>211</sup> STC, Sala Primera, 123/2002 de 20 mayo. RTC 2002\123, esta sentencia sigue la línea de la STEDH Caso Malone contra Reino Unido, de 2 agosto 1984, TEDH 1984\1

<sup>212</sup> STC, Sala Primera, 137/2002 de 3 junio. RTC 2002\137

<sup>213</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La injerencia sobre listados de comunicaciones telefónicas a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso FigueiredoTeixeira "versus" Andorra TEDH, Sec. 3.ª, 8112016”, Ed. Sepín, SP/DOCT/22251, [www.sepin.es](http://www.sepin.es), enero, 2017, p. 6

del TC es bastante consolidada y afirma que se trata del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE). Señala dicha jurisprudencia que si bien es cierto que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) cubre no sólo el contenido de mismas, sino también otros aspectos, como, por ejemplo, la identidad de los interlocutores, y de tal manera, este derecho alcanza al proceso de comunicación mismo<sup>214</sup>, no obstante, añade el Tribunal Constitucional que una vez finalizado dicho proceso, cuando los datos se conservan en un fichero del operador, la protección constitucional de estos datos guardados se realiza a través de otros derechos, como la intimidad o la protección de datos de carácter personal.<sup>215</sup> Respecto a esto, VELAZCO NÚÑEZ comenta que en este caso se afecta al derecho a la protección de datos ya que se trata de los datos automatizables, y no se trata del derecho al secreto de las comunicaciones puesto que no se trata de los datos relacionados con el proceso comunicativo en marcha.<sup>216</sup>

Como se ha señalado con anterioridad, con la llegada de la Ley 25/2007, se obliga a los prestadores de servicios de comunicación conservar la información generada en torno las relaciones comunicativas que pasen por ellos, es decir, datos necesarios para rastrear e identificar el origen y el destino, la fecha, hora, duración, tipo de comunicación y también datos para identificar el equipo de la misma, de los usuarios y la localización del equipo móvil.<sup>217</sup> Es importante tener en cuenta, que aunque la cesión de datos por los sujetos obligados a retener y conservar los datos de tráfico no afecta al derecho a las comunicaciones, sin embargo es necesaria la autorización judicial previa, ya que así lo establece la ley 25/2007. La LECrim tras la reforma de 2015 consagra esta posición, señalando que los datos electrónicos que están “vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos [por prestadores de servicios o personas que los faciliten] para su incorporación al proceso con autorización judicial”.<sup>218</sup>

<sup>214</sup> STC, Sala Primera, 241/2012 de 17 diciembre. RTC 2012\241

<sup>215</sup> STC, Sala Primera, 70/2002 de 3 abril. RTC 2002\70

<sup>216</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Interceptación de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 10

<sup>217</sup> LCDCE, 25/2007, Artículo 3

<sup>218</sup> LECrim, Artículo 588 ter j) 1

Otro punto a destacar es que el legislador ha ampliado por esta reforma el concepto del sujeto obligado a ceder tal información, ahora no son solo los prestadores de servicios telecomunicativos o de acceso a una red de telecomunicaciones, sino también los prestadores de servicios de la sociedad de la información y también toda persona que de cualquier modo facilita las comunicaciones a través del teléfono o de otro medio o sistema telemático. Comenta RODRIGUEZ LAINZ que el legislador para no dejar puertas abiertas “expande ese deber de colaboración incluso a cualesquiera personas que de un modo u otro pudieran participar en el tránsito de una comunicación, del proceso comunicativo; abarcando con ello desde la más potente operadora de comunicaciones a nivel mundial, al más insignificante ciudadano que, integrado como un enlace intermedio –man in the middle– de una red de anonimización tipo la red TOR, y pasando entre medias por gestores de redes sociales tan populares como Facebook o aplicaciones de mensajería instantánea o VoIP como Skype.”<sup>219</sup>

Por tanto, es importante diferenciar entre los datos de tráfico que se obtienen en el seno de la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas autorizada por el Juez y, los datos de tráfico relacionados con un proceso comunicativo que se han registrado por los sistemas de las compañías prestadoras de servicios telecomunicativos y luego se ceden para ser incorporados al proceso penal incoado.<sup>220</sup> Es decir, los datos de tráfico no sólo son rastros de la comunicación que se guardan en las bases de datos de prestadores de servicios, tales como las cabeceras IP o los IMEI/IMSI entre otros, también lo son los datos almacenados en los registros de dispositivos electrónicos de telecomunicaciones, tales como ordenadores, teléfonos móviles, smartphones o tablets,<sup>221</sup> y hay que diferenciarlos ya que los derechos fundamentales que protegen estas informaciones no son los mismos.

---

<sup>219</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La intervención de comunicaciones mediante la colaboración de prestadores de servicios de la sociedad de la información”, Ed. Sepín, SP/DOCT/20843, [www.sepin.es](http://www.sepin.es), julio, 2016, p. 2

<sup>220</sup> GUAJARDO PÉREZ, I., “Derecho al secreto de comunicaciones. Obtención e incorporación de los datos del proceso de comunicación. La reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre”, Ed. Sepín, SP/DOCT/20318, [www.sepin.es](http://www.sepin.es), abril, 2016, p. 4

<sup>221</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Origen y fundamentos constitucionales...*, Op .Cit., pp. 5-6

### 3.2.3.2. Dirección IP y números IMEI y IMSI

Tras haber estudiado el concepto de los datos de tráfico parece conveniente aclarar ciertos aspectos de algunos de ellos, tales como dirección IP, y números IMEI y IMSI, que también están regulados por la Reforma de 2015 “en su afán modernizador y de adecuación de la Ley al estado de la realidad social”<sup>222</sup>. Para ello ha creado el legislador la Sección tercera en el Capítulo V, que establece cómo debe realizarse el acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad, ya que “del mismo modo que en la realidad física la policía busca identificar al autor del crimen, en la realidad virtual debe conseguir identificar, con las dificultades que ello conlleva, al sujeto que ha utilizado los medios digitales para cometer el delito”.<sup>223</sup>

El número de identificación internacional (el IMEI), es el número con el que se identifica cada terminal de la telefonía móvil. Este número junto con el número de teléfono de la tarjeta (SIM) se reciben por la operadora en cada llamada realizada. Esto es lo que permite, por ejemplo, bloquear los terminales robados. Sin embargo, dado que los números IMEI son manipulables, su manipulación fraudulenta en los terminales robados perjudica la eficacia de las medidas de bloqueo de los móviles robados.<sup>224</sup>

Por otro lado, “el término IMSI es el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity, o sea, la identidad internacional del abonado del móvil. Se trata de un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, que está integrado en la tarjeta SIM [Subscriber Identity Module] y permite su identificación a través de las redes GSM [Sistema Global para las comunicaciones Móviles] y UMTS [Sistema Universal de Telecomunicaciones Móviles]. Proporciona una medida adicional de seguridad en este tipo de

---

<sup>222</sup> FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 10

<sup>223</sup> GIMENO BEVIÁ, J., “Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”, Ed. Aranzadi, BIB 2015\16375, <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, Cizur Menor, 2015, p. 14

<sup>224</sup> MARTÍNEZ GINESTA, G., “Límites técnicos de la ayuda prestada por las operadoras en la investigación de los delitos” en *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, (Dir. VELASCO NÚÑEZ, E.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 156 y p. 201

telefonía y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular”.<sup>225</sup>

El artículo 588 ter I) LECrim prevé la posibilidad de identificación de los terminales móviles mediante captación de estos números por la Policía Judicial en el seno de un proceso sin necesidad de autorización judicial. Para ello la Policía puede usar cualquier medio técnico – como por ejemplo, los llamados “IMSI-catchers que funcionan a modo de antena en cuya cercanía se prioriza el establecimiento de la conexión”<sup>226</sup>- que conforme al estado de la tecnología sea capaz de identificar el equipo comunicativo usado o la tarjeta necesaria para el acceso a la red de telecomunicaciones, pero sin intervenir el contenido de las comunicaciones, ya que para ello tendría que solicitarse autorización judicial.

Según VELASCO NÚÑEZ, “se trata de, partiendo de un sospechoso – principalmente vigilado, muchas veces de identidad también ignorada–, relacionarle con una tecnología cuya identificación sea necesario poder investigar, especialmente cuando muchos presuntos delincuentes las anonimizan o adquieren intermediadas, y la técnica permite detectar sus números comerciales sin, para nada, inmiscuirse en el contenido de lo que se comunica, por lo que no precisan de autorización judicial, aunque las enmarca exclusivamente dentro del ámbito policial, no pudiendo nunca ampliarse a legitimaciones en el caso de detectives o investigadores privados, absolutamente prohibidas en un derecho público como el que rige el procesal penal”<sup>227</sup>.

Siguiendo FUENTES SORIANO, “el espíritu de fondo que, sin duda, subyace bajo tal disposición pasa por considerar, por un lado, que estos datos no resultan amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones y, por otro, que resulta necesario hallar un punto de equilibrio entre la protección de

---

<sup>225</sup> STS, Sala de lo Penal, Sección Primera, 249/2008 de 20 mayo. RJ 2008\4387

<sup>226</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Interceptación de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 12

<sup>227</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Interceptación de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 12

los datos constitucionalmente garantizada y la agilidad y eficacia de la instrucción”.<sup>228</sup>

En cuanto a los números IMSI y IMEI cabe señalar, que esta información no queda amparada por el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>229</sup> y por tanto la Policía puede obtenerla mediante cualquier medio a su disposición que lo permite hacer, como ya se ha visto, sin necesidad de autorización del Juez. Sin embargo, para que las operadoras cedan estos datos sí es imprescindible autorización judicial, ya que así lo establece la Ley 25/2007 de Conservación de Datos de las Comunicaciones Electrónicas.

Una vez analizados los números IMSI y IMEI, procede ahora profundizarnos en el tema de la dirección IP (acrónimo de Internet Protocol). Existen dos maneras para señalar un destino en Internet: simbólica y numérica. La simbólica es más conocida por el usuario normal, es, por ejemplo, [www.umh.es](http://www.umh.es), mientras que la forma numérica es la que se conoce como IP y es la que se utiliza realmente en el mundo digital. Así, la IP “es un número binario, sin signo, de 32 bits, y, generalmente, se expresa en forma de números decimales separados por puntos ( p.e. 214.167.52.8 es una dirección de Internet válida). Cada máquina y ordenador conectado a Internet se identifica unívocamente por una dirección IP”.<sup>230</sup>

Es importante matizar, que no todas las direcciones IP permiten navegar por Internet, puesto que algunas son reservadas para ser utilizadas en redes locales (por ejemplo, todas que se empiezan por 10), asimismo existen otras direcciones IP que tienen como principal función identificar los ordenadores (por ejemplo, 127.0.0.1). Hay que destacar que es un requisito imprescindible para navegar por Internet tener una dirección IP, y ésta no puede ser ni ocultada ni modificada. Es cierto que existe llamada navegación anónima, esto quiere decir que navegamos con una dirección IP de un servidor que no facilita

---

<sup>228</sup> FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 8

<sup>229</sup>STS, Sala de lo Penal, Sección Primera, 249/2008 de 20 mayo. RJ 2008\4387 cuando señala que “la Sala no puede aceptar que la captura del IMSI por los agentes de la Guardia Civil haya implicado, sin más... una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones”

<sup>230</sup> MARTÍNEZ GINESTA, G., “Límites técnicos de la ayuda...”, *Op. Cit.*, p. 170

datos de sus usuarios, es decir, este servidor es un intermediario entre nuestro ordenador y la página a la que accedemos si no queremos dejar allí los datos propios. Estos intermediarios se llaman servidores *Proxy*.<sup>231</sup> Sin embargo, los administradores de estos servidores están obligados por la ley, tal y como se ha señalado con anterioridad, a retener y conservar la información para cuando sea necesaria en el seno de una investigación criminal (art. 588 ter e) 1 LECrim).

La novedad introducida por la ley es que establece expresamente que para prevención o descubrimiento de delitos cometidos por Internet cuando la Policía cuenta con una dirección IP en el seno de una investigación y todavía no esté localizado o identificado el equipo, o el dispositivo de conectividad, ni el usuario, podrá solicitar al Juez de instrucción que ordene a los obligados colaboradores técnicos que éstos cedan los datos necesarios para la identificación o localización del terminal o dispositivos de conectividad o para identificar al sujeto sospechoso.<sup>232</sup>

Es cierto que el legislador sólo requiere la autorización judicial para la cesión de la dirección de IP por parte de las operadoras de comunicación y esto nos hace pensar que en este caso, al igual que en el de los número IMSI e IMEI, la policía puede acceder a una dirección IP ejercitando su labor de rastreo del espacio público e investigar la conducta aparentemente delictiva que a través de ella se esté desplegando. “La cesión, sin embargo, de los datos identificativos de la persona asignada a esa dirección IP así como de geolocalización de dicha comunicación que ha de requerirse de la operadora sí necesitará de la previa autorización judicial. Y ello es así, de nuevo, no porque tales datos queden amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones –el IP es, en puridad, un dato público- sino por imperativo expreso de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos de las comunicaciones electrónicas”.<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup> FERNÁNDEZ LÁZARO, F., “Medios técnicos en la investigación de los delitos informáticos” en *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, (Dir. VELASCO NÚÑEZ, E.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 128

<sup>232</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Interceptación de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 11

<sup>233</sup> FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 10

## Conclusiones:

1. Ante la ausencia de una definición legal cabría entender por diligencias de investigación tecnológica aquellas actuaciones policiales, fiscales o judiciales realizadas en la fase de instrucción (o, incluso, antes de ella), empleando el conjunto de tecnologías de información y comunicación y encaminadas a preparar el juicio oral y averiguar y hacer constar la posible comisión de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación así como la participación en ellos de los sujetos investigados.
2. Las medidas de investigación tecnológica afectan a derechos fundamentales y por tanto están sometidas a la observación de determinados principios. En este contexto, en cuanto a los principios de excepcionalidad y necesidad hay que entender que la medida de investigación tecnológica puede ser autorizada cuando concurre una de las siguientes condiciones: por un lado, cuando la información necesaria no puede conseguirse con ninguna medida menos gravosa, y por otro lado, sin adopción de dicha medida la investigación se vea “gravemente dificultada”. No tienen que darse ambas condiciones a la vez.
3. La legitimación para acordar medidas de investigación tecnológicas queda limitada por la Ley tan solo al Juez de oficio y al Ministerio Fiscal o la Policía Judicial para solicitarlas. Ante la controversia doctrinal existente sobre si puede el Juez acordar las medidas de investigación electrónica a solicitud del resto de partes acusadoras entiendo que no puede no puede el Juez acordar estas medidas a instancia de estos sujetos porque al tratarse de un derecho fundamental la interpretación tiene que ser restrictiva.
4. La ley no determina cuál ha de ser el órgano competente para autorizar una intervención de las comunicaciones. Ante el silencio legal hay que entender que será competente el Juez encargado de la instrucción de la

causa, que coincidirá con el juez de instrucción en la mayoría de los casos, salvo en los supuestos de aforamiento.

5. Las medidas de intervención de las comunicaciones, como medidas limitativas de derechos fundamentales que son, están sometidas a un determinado plazo. Sin embargo, la Ley no establece si la duración de la medida se refiere a la persona investigada o al medio que se utiliza (imagínese que el investigado cambiara la tarjeta SIM). Ante este silencio de la Ley hay que entender que la duración máxima legalmente establecida es por cada investigado en el seno de un mismo procedimiento. Por tanto, el cambio de terminal o de número telefónico realizado por un mismo investigado no cambia la duración de la medida, sino que se convalida por el período que reste si siguen existiendo las circunstancias iniciales.
6. La intervención de los datos de tráfico ha generado dudas dado que en algunos casos se afecta al derecho al secreto de las comunicaciones y en otros a la intimidad o la protección de datos personales y, por tanto, en los primeros es necesaria autorización judicial y en los segundos no. Cabe entender que cuando estos datos están relacionados al proceso comunicativo, sí se trata en este caso al derecho al secreto, sin embargo, cuando la comunicación se ha finalizado, la obtención de los mismos ya no vulnera dicho derecho. Respecto a la cesión de los datos de tráfico por las operadoras, tampoco se infringe el secreto de las comunicaciones, sino que se exige autorización del Juez porque así establece la Ley 25/2007 y ahora, después de la reforma de 2015, también la LECrim.

**Bibliografía:**

- ASECIO MELLADO, J., *Derecho procesal penal*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILLAR, S., *Derecho jurisdiccional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- ABEL LLUCH, X., RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.), *Estudios sobre prueba penal*, Volumen I, Ed. La Ley, Madrid, 2010
- RIVES SEVA, A.P. (Dir.), VVAA, *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2016
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal*, 4 edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia, COLEX, Madrid, 2014
- FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- ASECIO MELLADO, J.A., *Derecho procesal civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- ZOCO ZABALA, C., *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015
- MUERZA ESPARZA, J., *Las reformas procesales penales de 2015*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015

- HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., *Secreto de las comunicaciones*, Ed. Dilex, Madrid, 2015
  
- ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Derecho constitucional*, 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2013
  
- VELASCO NÚÑEZ, E. (Dir.), VVAA, *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007
  
- ALONSO CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), VVAA, *El nuevo proceso penal tras las reformas*, de 2015, Atelier, Barcelona, 2016
  
- ASECIO MELLADO, J. (Dir.), FERNÁNDEZ LÓPEZ (Coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, 2017
  
- CAMPOS SÁNCHEZ, M., ORENES BARQUERO, M., “Las diligencias de investigación en el proceso penal, Selección de jurisprudencia”, [http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver\\_articulo.php?articulo=111](http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=111)
  
- PÉREZ ESTRADA, M.J., “La investigación del delito a través de las nuevas tecnologías. Nuevos medios de investigación en el proceso penal”, Monografías (Civitas), , Editorial Aranzadi, BIB 2010\7092, <http://aranzadi.aranzadidigital.es> , Julio DE 2010
  
- GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “ Valor de las diligencias probatorias practicadas en fiscalía en sede de instrucción: las consecuencias de la STS 980/2016, de 11 de enero de 2017”, Editorial Sepín, SP/SENT/885855, , <https://www.sepin.es> , marzo, 2017
  
- LÓPEZ RUIZ, F., “Notas de epistemología procesal. El conocimiento de los hechos: juez instructor/vista - oral en el proceso penal”, Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje,

[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/61789/1/2016\\_Lopez-](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/61789/1/2016_Lopez-)

[Ruiz\\_RIEDPA.pdf](#) , Nº 2, julio, 2016

- BELTRÁN MIRALLES, S., SOSPEDRA NAVAS, F., “Procedimiento Abreviado: las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal” Editorial Aranzadi, (BIB 2011\5296) ISBN978-84-470-3514-4, <http://aranzadi.aranzadidigital.es> , Febrero, 2011

- RUIZ VADILLO, E., “Valor de las diligencias practicadas por la policía judicial en el proceso penal”, EGUZKILORE, Número 11, San Sebastián, Diciembre 1997 (p. 99 – 111), <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174306/10-valor-diligencias-policiales.pdf>

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf> , marzo, 2004

- GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la policía judicial”, Revista catalana de seguritat pública, mayo, 2010

- HOYA COROMINA, J., “Investigación e instrucción: diferencias y garantías. Alternativas de futuro”, publicado en <http://www.poderjudicial> , 17 de abril de 2008

- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, A., “Las diligencias policiales y su valor probatorio”, Dipòsit Legal: T 1542-2014, <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/283261/TESIS%20DOCTORAL.pdf?sequence=1> , Tarragona, 2014

- MUÑOZ CUESTA, J., “Finalidad y eficacia de las actuales diligencias de investigación del Fiscal”, Revista ARANZADI Doctrinal num. 4/2017, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017, <http://aranzadi.aranzadidigital.es> (BIB 2017\1121)

- MARCHAL ESCALONA, A.N., “Policía judicial y limitación de derechos fundamentales”, Revista Aranzadi Doctrinal, BIB 2010\3263, <http://aranzadi.aranzadidigital.es> , número 11, 2011
  
- SERRANO DE LA CRUZ SÁNCHEZ, A., “Las actividades policiales previas al inicio del proceso penal”, Editorial Sepín, SP/DOCT/17207, <https://www.sepin.es> , marzo, 2013
  
- CABEERO ALMENARA, J., “Las aportaciones de las nuevas tecnologías a las instituciones de formación continuas: reflexiones para comenzar el debate”, <http://tecnologiaedu.us.es/cuestionario/bibliovir/85.pdf>
  
- REUSSER MONSÁLVEZ, C., “¿Qué es la sociedad de la información?”, Revista Chilena de Derecho Informático, DOI: 10.5354/0717-9162.2003.10650, <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10650/11378>, número 2, 2003
  
- SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica. Estudio de su Parte General”, Editorial jurídica Sepín, SP/DOCT/19834, <http://www.sepin.es>, enero, 2016
  
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal. Actualizado a las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, Ed. Sepín, SP/DOCT/21093, <https://www.sepin.es> , junio, 2016
  
- VELAZCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica: medidas concretas”, Editorial jurídica Sepín, SP/DOCT/21095, <https://www.sepin.es> , junio, 2016
  
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La intervención de las comunicaciones electrónicas en el actual proceso penal”, Ed. Sepín, SP/DOCT/20388, , <https://www.sepin.es>, marzo, 2016

- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Origen y fundamentos constitucionales del secreto de las comunicaciones”, Sepín, SP/DOCT/20386, <https://www.sepin.es>, Marzo, 2016
  
- BAÑO LEON, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 8, Nº 24, 1988
  
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Interceptación de las comunicaciones: tecnologías en particular”, Sepín, SP/DOCT/21098, <https://www.sepin.es> , Junio, 2016
  
- BERNING PRIETO, A.D., “La intervención de las comunicaciones electrónicas”, Revista Aranzadi Doctrinal, num. 3/2012, <http://aranzadi.aranzadidigital.es> , Cizur Menor, 2012
  
- RODRÍGUEZ LAINZ, “Conservación de datos y acceso a datos de tráfico”, Sepín, SP/DOCT/20389, [www.sepin.es](http://www.sepin.es) , marzo, 2016
  
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La injerencia sobre listados de comunicaciones telefónicas a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso FigueiredoTeixeira "versus" Andorra TEDH, Sec. 3.ª, 8112016”, Ed. Sepín, SP/DOCT/22251, [www.sepin.es](http://www.sepin.es), enero, 2017
  
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “La intervención de comunicaciones mediante la colaboración de prestadores de servicios de la sociedad de la información”, Ed. Sepín, SP/DOCT/20843, [www.sepin.es](http://www.sepin.es) , julio, 2016
  
- GUAJARDO PÉREZ, I., “Derecho al secreto de comunicaciones. Obtención e incorporación de los datos del proceso de comunicación. La reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre”, Ed. Sepín, SP/DOCT/20318, [www.sepin.es](http://www.sepin.es), abril, 2016,

- GIMENO BEVIÁ, J., “Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”, Ed. Aranzadi, BIB 2015\16375, <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, Cizur Menor, 2015

- GIMENO SENDRA, V., “La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-39/697-la-intervencion-de-las-comunicaciones-telefonicas-y-electronicas-0-2863723191305737>

- GUAJARDO PÉREZ, I., “Derecho al secreto de comunicaciones. Obtención e incorporación de los datos del proceso de comunicación. La reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre”, Ed. Sepín, SP/DOCT/20318, [www.sepin.es](http://www.sepin.es), abril, 2016

- GIMENO BEVIÁ, J., “Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”, Ed. Aranzadi, BIB 2015\16375, <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, Cizur Menor, 2015

#### **Jurisprudencia citada:**

##### TEDH:

- STEDH de 6 septiembre 1978, TEDH 1978\1, Caso Klass y otros contra Alemania
- STEDH de 15 junio 1992, TEDH 1992\51, Caso Lüdi contra Suiza
- STEDH de 24 agosto, TEDH 1998\40, Caso Lambert contra Francia
- STEDH de 2 agosto 1984, TEDH 1984\1, Caso Malone contra Reino Unido

##### TC:

- STC 161/1990 de 19 octubre, RTC 1990\161
- STC 137/1988 de 7 julio, RTC 1988\137
- STC 155/2002 de 22 julio. RTC 2002\155
- STC 217/1989, 21 diciembre
- STC 206/2003 de 1 diciembre. RTC 2003\206
- STC 303/1993 de 25 octubre. RTC 1993\303

- STC 32/1994 de 31 enero. RTC 1994\32
- STC 166/1999 de 27 septiembre. RTC 1999\166
- STC 299/2000 de 11 diciembre. RTC 2000\299
- STC, Sala Pleno, 49/1999 de 5 abril. RTC 1999\49
- STC 167/2002 de 18 septiembre. RTC 2002\167
- STC, Sala Primera, 281/2006 de 9 octubre. RTC 2006\281
- STC, Sala Primera, 70/2002 de 3 abril. RTC 2002\70
- STC, Sala Segunda, 114/1984 de 29 noviembre. RTC 1984\114
- STC, Sala Segunda, 176/2013 de 21 octubre. RTC 2013\176
- STC, Sala Primera, 123/2002 de 20 mayo. RTC 2002\123
- STC, Sala Primera, 137/2002 de 3 junio. RTC 2002\137
- STC, Sala Primera, 241/2012 de 17 diciembre. RTC 2012\241

TS:

- STS, Sala de lo Penal, 544/1996 de 19 de julio RJ 1996\6071
- STS 1541/2004 de 30 diciembre. RJ 2005\511
- STS 1234/1997 de 6 de octubre (RJ 1997\6971)
- STS 980/2016 de 11 enero RJ 2017\6
- STS 379/2013 de 12 abril. RJ 2013\5541
- STS, Sala 4ª de 21-07-2009, RC núm. 2864/2009.
- STS, Sala de lo Penal, 2458/2001 de 15 abril. RJ 2002\6833
- STS, Sala de lo Penal, Sección Primera, 729/2015 de 24 noviembre. RJ 2015\6316
- STS, Sala de lo Penal, Sección Primera, 1003/2011 de 4 octubre. RJ 2011\7484
- STS, Sala de lo Penal, Sección Primera, 249/2008 de 20 mayo. RJ 2008\4387
- STS, Sala de lo Penal, Sección Primera, 342/2013 de 17 abril. RJ 2013\3296

**Recursos web:**

- Fiscal de Sala Coordinador de Menores. Fiscalía General del Estado, "DICTAMEN 4/2016, sobre la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art. 23.3 LORPM", Editorial Sepín, SP/DOCT/22328, <https://www.sepin.es> , enero, 2017

- Diccionario de la Real Academia Española, [www.rae.es](http://www.rae.es)
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10551-contenido-y-novedades-de-la-reforma-de-la-lecrim-por-la-ley-organica-13-2015-y-por-la-ley-41-2015/>
- [http://www.derecho.com/c/Comunicaci%C3%B3n\\_electr%C3%B3nica](http://www.derecho.com/c/Comunicaci%C3%B3n_electr%C3%B3nica)

