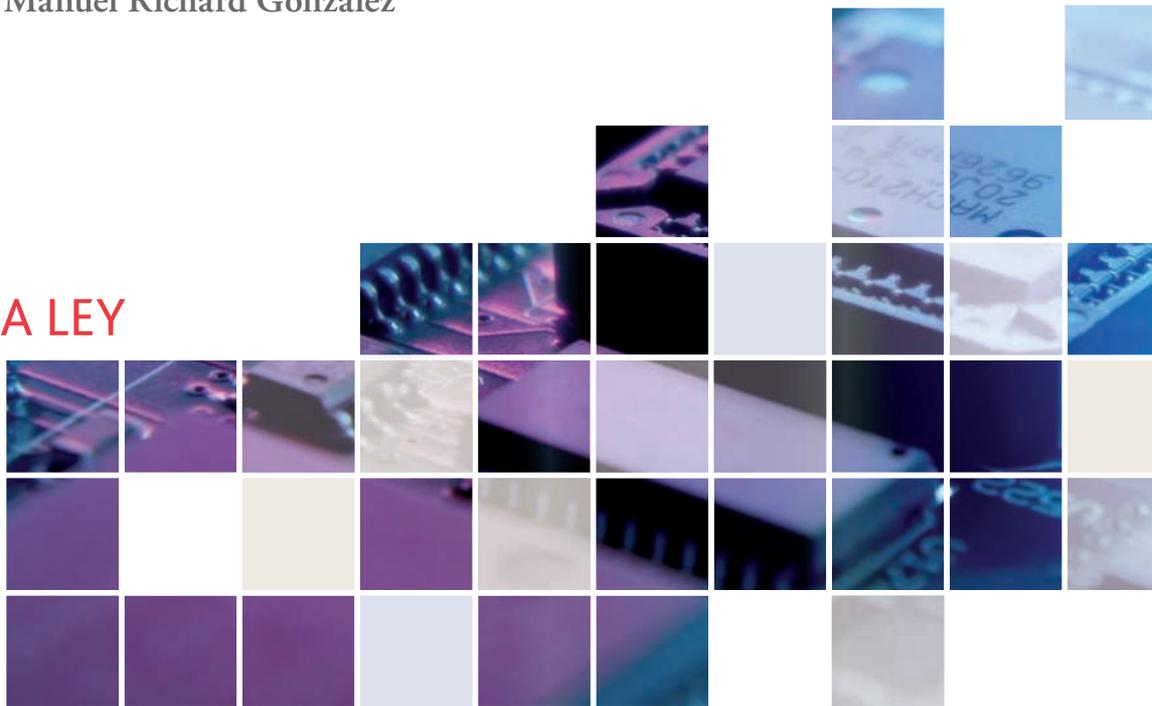


PROBÁTICA
Y DERECHO
PROBATORIO

Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido

Manuel Richard González

■ LA LEY



Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido

Manuel Richard González

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Manuel Richard González**, 2017

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

Primera edición: Noviembre 2017

Edición electrónica: <http://www.wolterskluwer.es>

Depósito Legal: M-31303-2017

ISBN Impreso: 978-84-9020-666-9

ISBN Electrónico: 978-84-9020-667-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

dicte atendiendo una petición formulada por la Fiscalía/Policía que deberá contener: la descripción del hecho; todas las circunstancias y razones que justifican la necesidad de acordar la medida; la identificación de los investigados y posibles afectados por la diligencia; la clase y modo de ejecución de la medida con mención de la unidad o sujeto responsable y, finalmente, la duración de la medida (véase más extensamente sobre el contenido de oficio de la policía solicitando que se dicte auto de intervención el siguiente apartado). El Juez dictará su resolución mediante auto motivado dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud autorizando o denegando la medida solicitada. Lo importante será que en el auto consten todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior. A ese fin, el Tribunal Supremo ha declarado que en la resolución judicial que autoriza una intervención telefónica debe constar: «1) *Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y 2) los indicios de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento...*», STS 71/2017 de 8 de febrero de 2017, Rec. 1843/2016. Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón. LA LEY 3460/2017. Véase con más extensión sobre el auto que autoriza la medida de intervención más adelante el § 2.2 de este Capítulo.

En definitiva en el auto debe contenerse todo lo que resulta necesario para acreditar la constitucionalidad de la medida, teniendo en cuenta que la ausencia de requisitos esenciales como la falta de motivación suficiente no puede suplirse, *a posteriori*, por ejemplo con el hallazgo de evidencias de delito o como señala gráficamente el Tribunal Supremo con el éxito *a posteriori* de la investigación misma⁽⁴⁸⁾.

una vulneración de la legalidad ordinaria que no genera ninguna indefensión ni permite solicitar la nulidad por falta de notificación de la medida. Tal notificación haría ilusoria tal intervención. SSTS de 7 de Septiembre de 2000; 9/2004; 384/2004 o STC 100/2005 (LA LEY 1339/2005)», STS 993/2016 de 12 de enero de 2017, Rec. 10282/2016. Ponente: Giménez García, Joaquín. LA LEY 346/2017.

(48) «El Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada *a posteriori* por el éxito de la investigación misma. También ha destacado el Tribunal que “la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la

2.1. Contenido de la solicitud de autorización judicial de la medida

Las medidas de investigación tecnológica se acordarán por el Juez sea de oficio o instancia de la policía o de la Fiscalía (art. 588bis.b LECrim). El contenido del oficio de solicitud es importante, ya que la posterior resolución judicial se fundamentará en las razones y argumentos expuestos en la solicitud inicial (generalmente realizada por la policía) y resolverá sobre la petición en función del fundamento que se contuviera en la solicitud. Además, el oficio policial puede servir como fundamento, por remisión, del auto que puede referirse a los argumentos contenidos en aquél como sustento o complemento de su fundamentación⁽⁴⁹⁾.

La regulación general de la solicitud se halla en el art. 588bis.b LECrim que dispone que la petición del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial al Juez de instrucción deberá contener los siguientes extremos:

1. Con relación al hecho: Su descripción con una exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en la Ley para acordar esta clase de medidas (*especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida* art. 588bis.a LECrim), así como a los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia. Véase sobre

fuerza de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa”, STS 912/2016 de 1 de diciembre de 2016, Rec. 355/2016. Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón. LA LEY 177402/2016.

(49) «No se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11). De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención se exteriorice directamente en la resolución judicial, ésta, según una consolidada doctrina de este Tribunal, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FFJJ 9 y 11) (STC 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2)», STC 26/2006 de 30 de enero.

el contenido posible de las alegaciones respecto a la concurrencia de hechos que justifican la adopción de la medida los § 3 a 6 de este Capítulo.

2. Con relación al investigado: Su identidad, así como la de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos. Téngase presente la disociación que puede existir entre el titular del terminal o conexión a Internet y su usuario. Además está claro que terceras personas pueden resultar afectadas por la medida y en tanto que puedan ser conocidos por la policía deberán ser señalados en la petición al Juez.

3. Con relación a las medidas solicitadas:

— La clase de medida solicitada, su duración y la concreción de su contenido.

— Los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.

— La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

— La forma de ejecución de la medida.

— La operadora o tercero obligado que deberá llevar a cabo la medida.

De todos los contenidos descritos el de mayor importancia, sin ninguna duda, es el referente a la aportación de indicios de criminalidad por la policía que sustenten la petición de intervención. Indicios que deben ser algo menos que pruebas y algo más que sospechas. Efectivamente, no es necesaria la aportación de verdaderas pruebas. O dicho de otro modo no cabe solicitar a la policía que dé cuenta de hechos absolutamente incriminatorios porque, en ese caso, no sería necesaria medida alguna destinada a esclarecer unos hechos delictivos respecto a los que se cuenta con prueba de su comisión. Pero tampoco cabe, y no son suficientes, que la policía alegue meras sospechas, corazonadas o conjeturas. En resumen la policía deberá poner de manifiesto la concurrencia de indicios objetivos que tengan una mínima consistencia o razonabilidad⁽⁵⁰⁾. En este sentido, es doctrina reitera-

(50) «Tal resolución debe: a) justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención; b) hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no

da del Tribunal Supremo que los datos facilitados por la policía deben ser objetivos en un doble sentido: *«En primer lugar de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, y es obvio que el Juez, como director de la encuesta judicial no puede adoptar el pasivo papel de vicario de la actividad policial que se limita a aceptar, sin control alguno, lo que le diga la policía en el oficio, y obviamente, el control carece de ámbito si sólo se comunican intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de valor. Obviamente los datos a exponer por la policía se sitúan extramuros de esas valoraciones subjetivas, pero tampoco deben ser tan sólidos como los que se exigen para procesar»*, STS 982/2016 de 11 de enero de 2017, Rec. 511/2016. Ponente: Giménez García, Joaquín. LA LEY 89/2017⁽⁵¹⁾.

Se trata de que el Juez pueda realizar el proceso valorativo en orden a conceder la petición de intervención con base en criterios objetivos tenien-

puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida (SS Tribunal Constitucional 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4). En la resolución, se debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención. El contenido de la resolución se constituirá por: a) expresión de los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave; b) los que vinculan a una determinada persona con tal hecho; c) determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos; d) el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo; e) cómo, y f) los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SS Tribunal Constitucional 49/1996, de 26 de marzo, F. 3; 236/1999, de 20 de diciembre, F. 3; 14/2001, de 29 de enero, F. 5)», STS 6 de junio de 2007, LA LEY 51978/2007.

- (51) «Los datos que deben ser facilitados por la policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencia de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en un doble sentido: En primer lugar de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, y es obvio que el Juez, como director de la encuesta judicial no puede adoptar el pasivo papel de vicario de la actividad policial que se limita a aceptar, sin control alguno, lo que le diga la policía en el oficio, y obviamente, el control carece de ámbito si sólo se comunican intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de valor. Obviamente los datos a exponer por la policía se sitúan extramuros de esas valoraciones subjetivas, pero tampoco deben ser tan sólidos como los que se exigen para procesar ex art. 384 LECrim (LA LEY 1/1882), ya que se estará en el inicio de una investigación en los casos en los que se solicite la intervención telefónica. STC 253/2006 de 11 de septiembre (LA LEY 109080/2006). Como se recuerda en las SSTC 171/1999 (LA LEY 12124/1999); 299/2000 (LA LEY 2099/2001) y 14/2001 (LA LEY 1645/2001)». Los indicios son algo más que la simple sospecha, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para procesar... . STS 982/2016 de 11 de enero de 2017, Rec. 511/2016. Ponente: Giménez García, Joaquín. LA LEY 89/2017.



La presente obra tiene por objeto y finalidad principal ofrecer un análisis riguroso de todas y cada una de las medidas de investigación tecnológica que pueden acordarse en el proceso penal, según resulta de la relevante modificación de la LECrim por la LO 13/2015, que regula de forma extensa y novedosa los medios de investigación, ya sea de hechos de naturaleza electrónica o bien de hechos ordinarios investigados mediante instrumentos o dispositivos electrónicos.

Ahora bien, cabe destacar que el ámbito e interés de este libro excede del cauce limitado del proceso penal, en tanto que las cuestiones y conclusiones que se contienen son útiles respecto a los hechos que se manifiestan o se investigan mediante el uso de la tecnología en cualquier clase de proceso jurisdiccional. Es por ello que a ese fin se atiende a los problemas que se plantean en esta clase de procedimientos con cita y comentario de las sentencias dictadas en el proceso civil o social, en los que se carece de una regulación en esta materia. Ejemplos de interés, objeto de análisis, serían los referentes al control de los medios tecnológicos empleados por el trabajador o la aportación y valoración de mensajes o correos electrónicos en el proceso civil.

Finalmente, resulta de especial interés resaltar que, sin perjuicio de la necesaria y obligada fundamentación doctrinal de cada cuestión tratada, esta obra parte del referente necesario y obligado de la jurisprudencia dictada en la materia, que se aporta en un anexo donde se relacionan las decisiones judiciales con cuestiones o problemas concretos. Así, se ha perseguido que cada argumento que se ofrece y comenta esté amparado en una decisión judicial que pueda servir tanto al estudioso como al práctico en derecho que precisa de argumentos para defender sus pretensiones en el proceso en defensa de los intereses de su cliente, lo cual constituye la finalidad esencial del ejercicio del derecho y de la práctica jurídica.

