



BOLETÍN DIGITAL
NÚMERO ESPECIAL
MONOGRÁFICO
DERECHO PENAL

Nº 6 JULIO 2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



LAS MEDIDAS DE
INVESTIGACIÓN
TECNOLÓGICA EN LA LEY
DE ENJUICIAMIENTO
CRIMINAL TRAS LA
REFORMA DE LA LO
13/2015 DE 5 DE
OCTUBRE. REFERENCIA A
LAS DISPOSICIONES
COMUNES

Eduardo López Causapé
Magistrado-Juez
Juzgado de Instrucción nº 9
Zaragoza
Julio 2016

**LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN LA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CRIMINAL TRAS LA REFORMA DE LA LO
13/2015 DE 5 DE OCTUBRE. REFERENCIA A LAS DISPOSICIONES
COMUNES**

1.- INTRODUCCIÓN

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, en vigor desde el día 6 de diciembre de 2015 ha venido a introducir una extensa y prolija regulación sobre las denominadas con carácter genérico “medidas de investigación tecnológica”. Tales medidas de investigación tecnológica, cada vez más necesarias para una eficaz investigación de actividades delictivas y para la correcta instrucción de las causas penales derivadas de las mismas, dado el profuso uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la actualidad, se hallaban huérfanas de una regulación suficiente y adecuada a tales necesidades.

Como indica la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica, las nuevas tecnologías no solo han propiciado la aparición de nuevas formas de delincuencia sino que constituyen poderosas herramientas, tanto al alcance del delincuente, como al servicio de la actividad investigadora de los poderes públicos. En efecto, junto al evidente incremento de la comisión de delitos de la más variada naturaleza a través de tales tecnologías de la comunicación, se constata la importancia, tanto cuantitativa como cualitativa, de la información que tales tecnologías pueden proporcionar, constituyendo un instrumento extremadamente útil para el esclarecimiento de hechos constitutivos de delito y para la determinación de la identidad de quienes participan en los mismos.

A los dos aspectos anteriormente señalados viene a añadirse el de la incidencia que la utilización de tales tecnologías de la comunicación y de la información tiene sobre el derecho fundamental a la intimidad, en particular de las comunicaciones, que el Artículo 18 de la Constitución Española de 1978 reconoce a todas las personas. No puede obviarse la necesidad de que existan limitaciones para que los poderes públicos puedan acceder a los actos de comunicación y al contenido de los mismos para así salvaguardar tal derecho a la intimidad. Tales limitaciones, en el caso de las denominadas anteriormente

“intervenciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”, se han fundado casi de forma exclusiva en la exigencia de una autorización judicial motivada.

Sin embargo, por el Tribunal Constitucional, en una dilatada jurisprudencia, además de establecer los principios que habían de determinar la validez del acto de injerencia en el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones privadas y que debían informar las resoluciones judiciales, ha venido a exigir la existencia de una cobertura legal habilitante de tal acto de injerencia, descartando en cualquier caso toda pretensión voluntarista de subsanación de tal ausencia de norma habilitante mediante la integración analógica con los preceptos existentes. Surge así la necesidad de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en el proceso penal, necesidad que la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2015 califica como inaplazable, y que va a incidir tanto en la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, como en las denominadas medidas de investigación tecnológica.

No cabe duda, por tanto, de la necesidad de una regulación legal amplia sobre tales medidas de investigación tecnológica cuyo carácter inaplazable ha desaconsejado aguardar a la tan ansiada reforma integral de la Ley Procesal Penal y ha dado lugar a una reforma parcial más de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal para su adaptación, en la medida de lo posible, a las exigencias del proceso penal del siglo XXI. El legislador ha optado por introducir un Capítulo IV del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de disposiciones comunes a las medidas de investigación que contempla de forma específica en los Capítulos V a IX, para posteriormente ir regulando de forma específica cada una de tales medidas de investigación. Dicha técnica, que ha permitido proclamar los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la validez de los actos de injerencia en el derecho a la intimidad y en el secreto de las comunicaciones, así como determinar los aspectos formales tanto de la solicitud como de la resolución judicial habilitante del acto de injerencia, genera determinados problemas prácticos derivados de su general aplicación a medidas de investigación de diferente naturaleza, así como relacionados con la práctica de los Juzgados y Tribunales a la hora de encarar la investigación y enjuiciamiento de las causas penales.

2.- DISPOSICIONES COMUNES

El Capítulo IV del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene el Artículo 588 bis que en las letras comprendidas entre la a) y la k) regula las disposiciones comunes a 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, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. Del propio epígrafe que rubrica el Capítulo cabe deducir, con carácter previo y sin perjuicio de ulteriores puntualizaciones, que todas y cada una de las normas comprendidas en el mismo son aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica reguladas en los Capítulos V a IX.

El legislador comienza la regulación de la materia aludiendo en el Artículo 588 bis a) a los principios rectores, con la pretensión de exigir la adecuación de las autorizaciones judiciales a los principios que el Tribunal Constitucional, en su amplia jurisprudencia sobre la materia, ha venido exigiendo para considerar la validez de los actos de injerencia y de las resoluciones judiciales habilitantes de los mismos. Se trata de una técnica legislativa basada en la transposición casi literal del contenido de diversas Sentencias, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, al texto legal, generando con ello unas disposiciones de gran extensión y detalle que dejan poco espacio para la valoración judicial previa a la motivación, y para la interpretación jurisprudencial posterior a la resolución.

Dicho precepto exige para poder acordar las medidas de investigación referidas que medie autorización judicial exigiendo que la misma se sujete plenamente a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. De todos estos principios el precepto solo aporta una definición del principio de especialidad, conteniendo en el caso de todos estos principios la consecuencia de su observancia. En algunos supuestos tales consecuencias tienen un sentido negativo, como en el caso del principio de especialidad al proscribir medidas de investigación tecnológica de carácter preventivo o prospectivo, o en el caso del principio de excepcionalidad al exigir que no estén a disposición medidas de investigación menos gravosas para los derechos fundamentales e igualmente útiles. En otros casos tienen un sentido positivo, cual es la relación entre el principio de idoneidad y la definición del

ámbito objetivo y subjetivo así como de la duración de la medida de investigación, o la del principio de necesidad al establecer la relación entre la medida de investigación y el descubrimiento o comprobación del hecho, la determinación de sus autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito. En el caso del principio de proporcionalidad, tras exigir la ponderación entre el sacrificio de los derechos e intereses afectados por la medida de investigación y el beneficio que se derive para el interés público y de terceros con su adopción, establece los elementos que habrán de valorarse a la hora de llevar a cabo tal ponderación, aludiendo a la gravedad del hecho, su trascendencia social, el ámbito tecnológico de su producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho fundamental. El legislador, por tanto, no se limita a enunciar los principios rectores de las autorizaciones de medidas de investigación tecnológica, sino que establece una exigencia al juzgador a la hora de ponderar su concurrencia y de establecer las consecuencias en cada uno de los casos.

Seguidamente, los Artículos 588 bis b) y c) vienen a determinar los aspectos formales tanto de la solicitud como de la resolución judicial habilitante de las medidas de investigación tecnológica. El Artículo 588 bis b) permite acordar tales medidas no solo a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, sino también de oficio. Debe entenderse, sin embargo, a la luz del Artículo 588 bis c) que, exigiéndose en todo caso, antes del auto motivado que autorice o deniegue la medida, la audiencia al Ministerio Fiscal, tal audiencia deberá concederse incluso cuando el Juez de Instrucción inicie de oficio el procedimiento para la adopción de tales medidas de investigación tecnológica.

En relación con los requisitos de la solicitud, el Artículo 588 bis b) no faculta sino que exige la concurrencia de todos los epígrafes de dicho precepto en la solicitud, siendo los mismos: 1º) La descripción del hecho objeto de la investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos sean conocidos. 2º) La exposición de las razones que justifiquen la necesidad de la medida y los indicios de criminalidad puestos de manifiesto durante la investigación previa. 3º) Los datos de identificación del investigado y de los medios de comunicación empleados. 4º) La extensión de la medida especificando su contenido. 5º) La unidad investigadora de la Policía Judicial que vaya a hacerse cargo de la intervención. 6º) La forma de ejecución de la medida. 7º) La duración de la medida solicitada. 8º) El sujeto obligado a llevar a cabo la medida en caso de ser conocido.

Cabe observar una cierta contradicción entre los requisitos 1º y 3º cuando el 1º condiciona la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida a que tales datos sean conocidos, mientras el 3º exige que la solicitud contenga los datos de identificación del investigado o encausado. Cabría interpretar que la identidad del investigado debe consignarse en todo caso en la solicitud y que la exención de tal obligación si el dato no es conocido afectaría solo a terceros afectados por la medida, lo cual guardaría relación con la redacción del requisito 2º de la resolución judicial que contempla el Artículo 588 bis c). Sin embargo, tal interpretación puede suponer un obstáculo para la autorización cuando se solicitan medidas relacionadas con la obtención de datos electrónicos conservados por prestadores de servicios y asociados a procesos de comunicación, o relacionadas con la identificación de equipos o datos de conexión asociados a direcciones IP (supuestos de los Artículos 588 bis j) y k) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) pues en muchos de tales casos la identidad del investigado no es conocida siendo precisamente la medida de investigación el medio para esclarecer la participación de personas determinadas en hechos delictivos.

Lo mismo sucede con los requisitos de la resolución judicial habilitante, pudiendo observarse en este caso que el Artículo 588 bis c) establece el contenido mínimo de tal resolución, exigiendo que concrete al menos los siguientes extremos: 1º) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica con expresión de los indicios racionales en que se funde la medida. 2º) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido. 3º) La extensión de la medida especificando su alcance e incluyendo motivación relativa al cumplimiento de los principios establecidos en el Artículo 588 bis a). 4º) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. 5º) La duración de la medida. 6º) La forma y periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida. 7º) La finalidad perseguida con la medida. 8º) El sujeto obligado a llevar a cabo la medida en caso de conocerse, debiendo hacer expresa mención al deber de colaboración y de guardar secreto cuando proceda, con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

Nuevamente ha de observarse que alguno de tales requisitos resulta difícilmente aplicable a medidas de investigación tecnológica que requieren autorización judicial, como pueden ser las relacionadas con la aportación de datos electrónicos conservados por las operadoras prestadoras de tales servicios, o con la identificación de los equipos o dispositivos desde los que se

realiza una concreta conexión a través de una dirección IP. Así sucede con el requisito de la duración de la medida que se solicita, máxime cuando el propio Artículo 588 bis e) prevé la duración especificada para cada una de las medidas, no existiendo tal previsión en los Artículos 588 ter j) y k).

Resulta igualmente criticable la insistencia del legislador en relación con la observancia de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. No solo exige en el Artículo 588 bis a) que la autorización judicial de las medidas de investigación tecnológica se dicte con plena sujeción a tales principios, sino que en el Artículo 588 bis b) exige que la solicitud de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal justifique la necesidad de la medida solicitada de acuerdo a dichos principios rectores, y en el Artículo 588 bis c) vuelve a exigir que la resolución judicial que autorice la medida contenga la motivación relativa al cumplimiento de estos principios rectores. Parece evidente que la mención contenida en el Artículo 588 bis a), que ya podía ser criticada por plasmar de forma casi literal doctrina jurisprudencial en un precepto legal cuya técnica debe ser diferente, era más que suficiente para dejar clara la inseparable relación entre las medidas de investigación tecnológica y tales principios que deben informar cualquier restricción de derechos fundamentales.

El Artículo 588 bis c) establece un plazo máximo de veinticuatro horas para resolver sobre la solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial. Este plazo parece atender a las exigencias de urgencia de atención de solicitudes de interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas en curso, de captación y grabación de comunicaciones orales o de colocación de dispositivos de captación de imagen, seguimiento y localización. Sin embargo, en muchos casos tal urgencia no concurre en las solicitudes de diligencias de instrucción relacionadas con la aportación de datos electrónicos conservados por las operadoras prestadoras de tales servicios, o con la identificación de los equipos o dispositivos desde los que se realiza una concreta conexión a través de una dirección IP, o con el registro del contenido de dispositivos de almacenamiento masivo. Por otra parte, en muchas ocasiones tales solicitudes se producen en el ámbito de la instrucción de causas penales ya iniciadas siendo extremadamente difícil cumplir el plazo indicado fuera del servicio de guardia, máxime ante la exigencia de audiencia al Ministerio Fiscal. Debe considerarse por ello inadecuado el establecimiento de tal plazo tan perentorio en las disposiciones comunes, limitando así la posibilidad de valorar la urgencia de cada una de las solicitudes de medidas de investigación

tecnológica solicitadas. Cabe igualmente plantearse cuáles serían las consecuencias de exceder tal plazo en la resolución de la solicitud, entendiéndose en todo caso improbable que pueda afectar a la validez de lo resuelto.

Otro tanto puede predicarse de la disposición común contenida en el Artículo 588 bis d) relativa al secreto. Dicho precepto dispone que la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa. Es innegable la necesidad de mantener el secreto de la mayoría de las actuaciones en las que se están desarrollando determinadas medidas de investigación tecnológica. Las medidas consistentes en la interceptación, escucha y grabación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, así como las de captación de comunicaciones orales o las de utilización de dispositivos de captación de imagen, seguimiento o localización, por su naturaleza que afecta a actos de comunicación en curso, y por la finalidad que en muchos casos persiguen en relación con la averiguación de actividades delictivas que continúan desarrollándose, deben dar lugar a la declaración de secreto de las actuaciones que este precepto prevé de forma automática.

Sin embargo, medidas tales como el acceso a datos electrónicos o de comunicación conservados por las operadoras de servicio, el acceso a la titularidad de los dispositivos de conexión a direcciones IP, o la investigación del contenido de los dispositivos de almacenamiento masivo, dado que no cursan sobre actos de comunicación en desarrollo, y dado que en muchas ocasiones se refieren a actividades delictivas que ya se han consumado y agotado, no siempre exigen el secreto de las actuaciones para salvaguardar la investigación. Debe plantearse en tal caso si deberá regir para tales medidas que no precisen la declaración de secreto el principio general de publicidad de las actuaciones para las partes vigente en nuestro derecho procesal penal.

Del mismo modo, y en todos los casos, la sustanciación en pieza separada de estas medidas de investigación, única respecto de la que se predica el carácter secreto, exige la existencia de un procedimiento principal del que surge la pieza, procedimiento respecto del que habría que efectuar, en su caso, una declaración de secreto de las actuaciones conforme a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Baste considerar en tal sentido que muchas solicitudes de medidas de investigación tecnológica se cursan ante el juzgado de instrucción de guardia dando además inicio al procedimiento, lo

que supondrá en tales casos que el procedimiento principal y la pieza separada tengan exactamente el mismo contenido. En definitiva, ha de considerarse que esta norma es totalmente superflua, generando más problemas que beneficios a la hora de su aplicación al restringir la discrecionalidad del juez de instrucción a la hora de resolver sobre la procedencia o no de declarar el secreto de las actuaciones y a la hora de decidir sobre la llevanza de los autos.

En cuanto a la duración de las medidas de investigación que prevé el Artículo 588 bis e), ha de considerarse especialmente acertada la consecuencia automática de cese de la medida de investigación por transcurso del plazo por el que fue concedida sin que se haya acordado su prórroga. Igualmente acertado es el Artículo 588 bis f).³ cuando prevé que, una vez concedida la prórroga, el cómputo del plazo de ésta se iniciará cuando expire el plazo por el que se concedió inicialmente la medida de investigación. Tal previsión resulta particularmente útil al facultar al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial a solicitar la prórroga en el momento en que se percibe la necesidad de la misma, sin tener que esperar a la fecha más próxima al vencimiento del plazo de duración de la medida de investigación autorizada, eludiendo así el consiguiente riesgo de cese automático de la medida por transcurso del plazo sin haberse acordado la prórroga.

Se tratan por primera vez en el ámbito de la regulación legal de las medidas de investigación tecnológica las cuestiones, referidas de forma abundante por la jurisprudencia, de la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y de los descubrimientos casuales. El Artículo 588 bis i) efectúa una remisión al Artículo 579 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido también por la LO 13/2015. Así se contempla la posibilidad de la utilización de la información en un procedimiento distinto, bien como medio de investigación, bien como prueba, y ello mediante la deducción de testimonio de los particulares que sean bastantes para acreditar la legitimidad de la injerencia en el derecho a la intimidad, exigiendo que en todo caso se incluyan la solicitud inicial para la adopción de la medida, la resolución judicial que la acuerda y las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga que hayan recaído en el procedimiento de origen. Por lo que se refiere a los descubrimientos casuales, la continuación o extensión de las medidas para la investigación del delito casualmente descubierto exige en todo caso autorización del juez competente, debiendo éste comprobar la diligencia de la actuación, y tener en cuenta el marco en que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Cabe plantearse en este

punto si al exigirse autorización del juez competente se hace referencia al juez concreto que esté conociendo de las diligencias por el delito casualmente descubierto o si basta con que tal autorización la otorgue juez competente objetiva y territorialmente, pudiendo ser el mismo que autorizó las medidas de investigación en cuyo seno se produjo el descubrimiento casual.

Finalizan las disposiciones comunes a 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, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos, con la regulación del Artículo 588 bis k) sobre la destrucción de registros, materia de gran importancia considerando la afectación que estas medidas suponen al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el consiguiente riesgo derivado de la existencia de registros de tales comunicaciones privadas en los procedimientos judiciales o en archivos tanto policiales como judiciales. Así, dicho precepto determina como momento para ordenar el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida el de finalización del procedimiento por resolución firme, previendo en todo caso la conservación de una copia bajo la custodia del letrado de la administración de justicia. Debe observarse que el precepto no regula una automática destrucción de tales registros sino que exige una orden expresa que en todo caso tiene carácter imperativo. Seguidamente prevé la destrucción de la copia conservada bajo la custodia del letrado de la administración de justicia en varios supuestos disyuntivos. El primero de ellos es el transcurso de cinco años desde la ejecución de la pena. El segundo es la prescripción del delito o de la pena. El tercero es la sentencia absolutoria firme respecto del investigado. Esta destrucción de copia, que igualmente deberá ser expresamente ordenada, no es sin embargo imperativa, ya que permite valorar la necesidad de conservación de la misma, a juicio del Tribunal, debiendo entender que tal conservación, por apartarse del principio general establecido en el precepto, deberá ser motivada.

3.- CONCLUSIÓN

Pese a la imposibilidad, por razón de la extensión prevista para el mismo, de efectuar en este artículo un detallado análisis de la específica regulación de las

medidas de investigación tecnológica, el estudio de las disposiciones comunes a tales medidas permite observar las ventajas e inconvenientes de esta novedosa regulación.

Constituye un innegable aspecto positivo la introducción de la necesaria habilitación legal para numerosas actividades de investigación, tales como la obtención de datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios de la comunicación, de datos asociados a los procesos de comunicación, o de datos de conexión a direcciones IP, la captación o grabación de comunicaciones orales mantenidas tanto en lugares públicos como en espacios cerrados e incluso en el domicilio, la utilización de dispositivos de seguimiento y localización, o los registros remotos sobre equipos informáticos.

Se ha establecido de forma clara la posibilidad de que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial puedan dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones o de la sociedad de la información para obtener la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, así como la posibilidad de que la Policía Judicial utilice artificios técnicos para acceder al conocimiento de códigos de identificación o etiquetas técnicas de aparatos de telecomunicación o de alguno de sus componentes (IMSI o IMEI).

Se ha regulado de forma muy acertada la prórroga de las medidas de investigación tecnológica en curso, así como la exigencia de una mayor concreción y detalle en la definición de las medidas de investigación que se solicitan por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal. Igualmente acertada y necesaria es la regulación de la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y de los descubrimientos casuales.

Junto a tales aciertos, concurren aspectos más criticables en esta regulación, siendo el principal de ellos la mencionada técnica de introducir preceptos legales prácticamente coincidentes con fundamentos jurídicos de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, con una regulación tan detallada y rígida en relación con los principios rectores de las medidas de investigación tecnológica que deja muy escaso margen a la discrecionalidad judicial a la hora de valorar y conceder o denegar las medidas solicitadas.

Otro tanto cabe decir de la inclusión de determinadas disposiciones como comunes cuando debieran haberse introducido de forma específica para concretas medidas de investigación tecnológica, pudiendo citarse entre ellas el

plazo concedido para la resolución de la solicitud, el automático secreto de las actuaciones o la exigencia de abrir pieza separada para la tramitación de estas medidas. En la mayoría de los casos hubiese bastado con exceptuar la aplicación de determinadas disposiciones comunes a las medidas de investigación de los Artículos 588 ter j) y k).

En cualquier caso, debe concluirse que el legislador ha acometido una regulación amplia, prolija y ambiciosa de estas medidas de investigación, con criterios legislativos actuales.

Eduardo López Causapé.

Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 9

Zaragoza