

## CIRCULARES

### **CIRCULAR 1/2019, SOBRE DISPOSICIONES COMUNES Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

1. Introducción. 2. Disposiciones comunes. 2.1 Regulación legal. 2.2 Principios rectores. 2.2.1 El principio de especialidad. 2.2.2 El principio de idoneidad. 2.2.3 Los principios de excepcionalidad y necesidad. 2.2.4 El principio de proporcionalidad. 2.3 Resolución judicial habilitante. 2.3.1 Legitimación para solicitar la medida. 2.3.2 Contenido de la solicitud. 2.3.3 Contenido de la resolución judicial. 2.3.3.1 Auto motivado, audiencia del Ministerio Fiscal y plazo para dictar la resolución. 2.3.3.2 Alcance objetivo de la resolución. 2.3.3.3 Alcance subjetivo de la resolución. 2.3.3.4 Unidad policial investigadora y sujeto obligado. 2.3.3.5 Otras menciones de la resolución: duración, control de la medida y finalidad perseguida. 2.4 Secreto de las actuaciones. 2.5 Duración de la medida y prórrogas. 2.6 Control de la medida. 2.7 Afectación de terceras personas. 2.8 Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales. 2.9 Cese de la medida y destrucción de registros. 3. Medidas de aseguramiento. 4. Cláusula de vigencia. 5. Conclusiones

#### 1. INTRODUCCIÓN

El 6 de diciembre de 2015 entraba en vigor la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) llevada a cabo por la LO 13/2015, de 5 de octubre, *para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*. Se ponía fin a un largo período de vacío normativo en lo que concierne a las garantías exigibles ante la, sin duda estimable y necesaria, utilización de los avances tecnológicos en la persecución de los delitos.

El problema surgió con la interceptación de las comunicaciones telefónicas que se practicaron, durante años, con una regulación tan

exigua que llegó a motivar diversas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) (por ejemplo, en la sentencia de 30 de julio de 1988, caso Valenzuela Contreras contra España). Solo la labor desarrollada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, creando un completo cuerpo jurisprudencial, vino a suplir las carencias de la ley.

El imparable desarrollo de los avances tecnológicos agravó el problema. Frente al uso frecuente de las nuevas tecnologías en la perpetración de delitos, la aplicabilidad paralela en cuanto medio de investigación tropezaba siempre con la ausencia de norma habilitante. Desde antiguo (STEDH de 24 de abril de 1990, casos Huvig y Kruslin contra Francia), el TEDH había venido señalando que las medidas de investigación que pudieran incidir en el ámbito de la intimidad del investigado debían estar previstas en la Ley. Se introdujo, además, el concepto de «calidad de Ley» que exigía, de una parte, que la norma permitiera a todo individuo conocer en qué circunstancias podría el Estado restringir sus derechos y, de otra, que evitara situaciones de abuso o arbitrariedad del Estado en su ejecución.

La reforma se inspira en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 que, a su vez, recogía la ya consolidada doctrina jurisprudencial. Se regulan diferentes medios de investigación que, en mayor o menor medida, afectan al ámbito de los derechos fundamentales a la intimidad, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales, garantizados por el art. 18 de la Constitución Española (en adelante, CE).

Se ha optado por su encuadramiento sistemático dentro del Título VIII, del Libro II LECrim (*De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución*). Dentro de éste, los Capítulos IV a X detallan las denominadas medidas de investigación tecnológica. Dos de estos capítulos (capítulos IV y X) resultan de aplicación general a los demás, estando consagrado el Capítulo IV a las disposiciones comunes aplicables a todas ellas y el Capítulo X a la adopción de medidas de aseguramiento.

Tanto la experiencia adquirida en estos últimos años como las soluciones ya esbozadas por la doctrina jurisprudencial precedente permiten elaborar unas pautas de interpretación de las citadas disposiciones comunes y medidas de aseguramiento. Tal fin constituye el objeto de la presente Circular, habiéndose optado por abordar el análisis particularizado de cada una de las medidas de investigación tecnológica de manera individualizada en otros cuatro documentos independientes, con el fin de facilitar el manejo y estudio de cada una de ellas.

Ello, no obstante, el alcance de la regulación que se analiza en la presente Circular a todas las medidas de investigación tecnológica articuladas en los capítulos V a IX, obliga a considerar las cinco circulares como un cuerpo normativo único que recoge la doctrina de la Fiscalía General del Estado en esta materia, teniendo las consideraciones que se hacen en el presente documento un alcance general a las otras cuatro.

## 2. DISPOSICIONES COMUNES

### 2.1 Regulación legal

Las medidas de investigación tecnológica que regula la LECrim aparecen precedidas de una serie de artículos que integran el Capítulo IV del Título VIII del Libro II, comprendiendo los arts. 588 bis a al 588 bis k, bajo la rúbrica de *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.*

La ubicación sistemática ha generado algunas críticas, al considerarse más oportuno su inclusión como Capítulo I del Título VIII y, por lo tanto, con proyección sobre todas las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE y no solo sobre las medidas de investigación tecnológica. Bien es cierto que alguna de las previsiones resulta aplicable a todas las medidas de investigación que integran el Título VIII, pero no lo es menos que otras (como las prórrogas, respecto de las intervenciones telefónicas y telemáticas) únicamente son predicables respecto de alguna de las medidas de investigación tecnológica y no de todas. Esta generalidad de las disposiciones comunes deberá ser puesta en relación con la previsión que recoge el Preámbulo de la LO 13/2015 cuando señala que *cada diligencia modulará algunos de estos aspectos y se regirá por reglas específicas propias de su propia particularidad.*

La referencia expresa a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que hace el Preámbulo debe interpretarse como voluntad legislativa deliberada de integrarla en el texto legal mediante su incorporación expresa o, en cualquier caso, como guía interpretativa de las nuevas disposiciones.

Conviene también precisar que la norma tiene exclusivamente por objeto la adopción de diligencias de investigación tecnológica *durante la instrucción de las causas* o, en el caso de alguna de ellas, durante la fase de investigación preprocesal. En consecuencia, no será posible el recurso a estas medidas en momentos o con fines distintos, como sería el caso de adoptarse en la fase de ejecución de sentencia.

## 2.2 Principios rectores

El art. 588 bis a LECrim establece –como presupuesto indispensable para la adopción de cualquier medida de investigación tecnológica– la existencia de una autorización judicial *dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida*. Se consagra el monopolio judicial, sin perjuicio de algunas concretas actuaciones que la Ley permite llevar a cabo a la Policía Judicial o al Ministerio Fiscal.

La STS n.º 692/1997, de 7 de noviembre, ya disponía que «en tanto la intervención telefónica haya sido acordada judicialmente por Auto debidamente motivado dentro de una causa judicial y atendiendo a los requisitos de proporcionalidad, racionalidad, necesidad y especialidad, puede decirse concurrente en el plano constitucional una habilitación judicial válida legitimadora de la intervención, impidiendo apreciar la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con las consecuencias prevenidas en el artículo 11.1 de la LOPJ». Desde entonces, ha venido ya siendo una constante en nuestra doctrina jurisprudencial la exigencia de tales requisitos como filtro de legalidad para la validez de cualquier medida de investigación limitativa de derechos fundamentales, especialmente, en los casos de intervenciones telefónicas.

Como señala el Preámbulo de la LO 13/2015, «se ha estimado oportuna la proclamación normativa de los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la validez del acto de injerencia». La necesidad de su concurrencia es taxativa. Deben cumplirse, por tanto, todos ellos, resultando inadmisibles cualquier medida que no observe alguno, aunque respete todos los demás.

### 2.2.1 EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Establece el art. 588 bis a.2: «El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica

que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva».

Gráficamente se describe en la STS n.º 272/2017, de 18 de abril, cuando indica: «los poderes públicos no pueden inmiscuirse en la intimidad de los sospechosos, interceptando sus comunicaciones, con el exclusivo propósito u objeto de indagar a ciegas su conducta, por lo que la decisión jurisdiccional de intervención de las comunicaciones telefónicas tiene que estar siempre relacionada con la investigación de un delito concreto al menos en el plano indiciario».

De esta forma, lo que el principio de especialidad prohíbe es la adopción prospectiva de una medida de investigación que limite derechos fundamentales porque ello «supondría conceder autorizaciones en blanco» (STS n.º 393/2012, de 29 de mayo); y añade «antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo que se está investigando que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales».

Debe delimitarse objetivamente la medida «a través de la precisión del hecho que se trata de investigar» y subjetivamente «mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir» (STS n.º 195/2010, de 28 de enero). La delimitación subjetiva no implica, necesariamente, la filiación completa de los sujetos afectados, pero sí –al menos– que se indiquen las señas o datos indiciarios que se puedan conocer en el momento de adopción de la medida.

El principio de especialidad tampoco impone que se dé una identidad plena entre los hechos y sujetos investigados y los finalmente descubiertos ya que, como señala la STS n.º 412/2011, de 11 de mayo: «el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias». Así, por ejemplo, no se infringe este principio en el caso de que varíen las circunstancias de comisión del delito que inicialmente fueron previstas, como ocurre en los casos de tráfico de droga cuando se incauta una sustancia diferente a la que originariamente se investigaba o cuando el sistema utilizado para traficar con la sustancia es diferente al inicialmente previsto (se introduce droga en un velero y no en un contenedor).

Caso distinto al anterior es el supuesto de novación del objeto del procedimiento, es decir, cuando el delito que se descubre es otro diferente del concreto y determinado que justificó la adopción de la medida. En estos casos no existiría una infracción del principio de

especialidad sino que, «si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera *notitia criminis* y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso» (STS n.º 71/2017, de 8 de febrero). Se trataría de un supuesto de hallazgo casual, que será objeto de análisis en el apartado 2.8 de la presente Circular.

### 2.2.2 EL PRINCIPIO DE IDONEIDAD

El art. 588 bis a LECrim se limita describir su finalidad, al señalar en el apartado 3 que *servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad*. Es posible encontrar una referencia de lo que debe entenderse por la idoneidad en el apartado 2.b del art. 588 quater b –referido a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos–, al indicar que tales dispositivos solo podrán autorizarse cuando «pueda racionalmente preverse que aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor».

El TS ha señalado que la medida resultará idónea cuando aparezca adecuada a los fines de la instrucción (SSTS n.º 85/2017, de 15 de febrero y 993/2016, de 12 de enero de 2017) o cuando permita seguir avanzando en la misma (STS n.º 982/2016, de 11 de enero de 2017). El TC, por su parte, considera idónea la medida cuando *es susceptible de conseguir el objetivo propuesto* (STC n.º 207/1996, de 16 de diciembre), considerando la idoneidad como una de las tres exigencias del principio de proporcionalidad: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC n.º 173/2011, de 7 de noviembre y 115/2013, de 9 de mayo).

En palabras del antiguo art. 579.1 LECrim, se podría decir que la idoneidad concurrirá cuando la medida que se adopte permita *el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa*.

En atención a lo anterior, toda resolución judicial que acuerde la adopción de una medida de investigación tecnológica deberá valorar, expresamente, la aptitud potencial para la obtención de resultados relevantes tanto en atención al objeto y sujeto investigado como –en su caso– a la duración de la medida.

### 2.2.3 LOS PRINCIPIOS DE EXCEPCIONALIDAD Y NECESIDAD

El art. 588 bis a, apartado 4 LECrim define conjuntamente los principios de excepcionalidad y necesidad. Con ello se pone de manifiesto la íntima relación que guardan entre sí, de manera que el principio de excepcionalidad tiene un marcado carácter general que es complementado con el principio de necesidad mediante la ponderación concreta de la medida en relación con las circunstancias del caso particular.

Los principios de necesidad y excepcionalidad, a su vez, aparecen íntimamente conectados con el principio de proporcionalidad. En palabras del TC, se trata de los diversos elementos que integran el principio de proporcionalidad (SSTC n.º 173/2011, de 7 de noviembre y 115/2013, de 9 de mayo), que interactúan «a modo de esclusa del siguiente, de manera que la ausencia de cualquiera de ellos relevaría de la necesidad de examinar los restantes» (STC n.º 973/2013, de 21 de julio). Por lo tanto, primero habrá que determinar que la medida es idónea para la obtención de resultados relevantes para la investigación, para después valorar si no puede adoptarse otra medida menos gravosa de forma que se entienda como necesaria en el caso concreto y, una vez superados estos filtros, analizar su proporcionalidad en sentido estricto.

Como indica la STS n.º 104/2011, de 1 de marzo, este tipo de medidas suponen un sacrificio para un derecho fundamental, lo que determina que el recurso a las mismas debe ser *excepcional y no rutinario*. En este sentido, la STS n.º 279/2017, de 19 de abril, justifica su adopción porque *no se alcanza otra línea de investigación lícita*.

Por otra parte, el principio de necesidad viene expresamente indicado en el art. 8.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), cuando prevé que la medida sea *necesaria en una sociedad democrática*; y también en el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), que señala que sólo podrán introducirse limitaciones a estos derechos *cuando sean necesarias*.

El vínculo existente entre ambos principios explica que el legislador haya querido definirlos conjuntamente a través de dos supuestos que pueden darse de manera alternativa, de forma que la concurrencia de cualquiera de ellos permitiría justificar el cumplimiento de ambos principios.

En concreto, dispone el art. 588 bis a, apartado 4 LECrim, que: «En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad sólo podrá acordarse la medida:

a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b) cuando 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 se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida».

En definitiva, la autorización judicial de la medida de investigación ha de justificar, expresamente, que los resultados que se pretenden obtener no puedan recabarse a través de otras medidas menos invasivas respecto a los derechos fundamentales del investigado, medidas que, de esta forma, se convierten en imprescindibles desde la perspectiva del caso concreto.

#### 2.2.4 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Según el apartado 5 del art. 588 bis a: «Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en 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».

Desde el punto de vista sistemático, el precepto se estructura mediante una primera definición del principio de proporcionalidad, en el que deben valorarse, por un lado, los «derechos e intereses afectados por la medida», es decir, los de la persona implicada, y por otro, el «interés público y de terceros». Seguidamente, la norma describe los criterios para realizar una valoración de lo que deba entenderse por «interés público». A tal efecto, se citan, en primer lugar, la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, que podrán concurrir cumulativamente o no y, a continuación, la

intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido, cuya concurrencia conjunta es ineludible.

La resolución judicial que acuerde la medida debe exteriorizar los criterios seguidos y la ponderación de los intereses realizada.

El primero de estos criterios viene constituido por la *gravedad del hecho*. La STC n.º 299/2000, de 11 de diciembre, expresa que la gravedad de la «infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque indudablemente es un factor que debe de ser considerado, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores, como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de aquélla».

La gravedad de la infracción deberá valorarse, además, en relación con la concreta limitación del derecho fundamental que comporte la medida, ya que cuando la injerencia en el derecho no sea especialmente grave, la diligencia de investigación puede estar justificada por el simple objetivo de *prevenir, investigar, descubrir y perseguir* infracciones no especialmente graves (en este sentido, la STJUE de 2 de octubre de 2018, asunto C-207/16).

La regulación actual, en casos determinados (interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones orales y registros remotos sobre equipos informáticos), ha establecido listados de delitos que, en función de su gravedad, permiten la adopción de las medidas referidas. En tales supuestos, el juicio de proporcionalidad debe partir de ese mínimo, lo que no implica que la medida resulte, finalmente, adecuada, puesto que deberá revestir las restantes exigencias de la norma.

La *trascendencia social* del hecho investigado ya venía siendo considerada por la doctrina jurisprudencial (SSTS n.º 1241/2005, de 27 de octubre; 1078/2001, de 8 de junio, y 900/2000, de 28 de julio, entre otras). Este indicador de proporcionalidad ha sido apreciado en delitos como el tráfico de drogas (STS n.º 1241/2005, de 27 de octubre), los relativos a la prostitución (STS n.º 1305/2004, de 3 de diciembre), contrabando (STS n.º 457/1999, de 19 de junio), detención ilegal (STS n.º 270/2008, de 13 de mayo), maquinaciones para alterar el precio de las cosas (STS n.º 692/1997, de 7 de noviembre), falsedad en documento oficial en la que están involucrados funcionarios públicos (STS n.º 529/1996, de 18 de julio), prevaricación (STS n.º 308/2009, de 23 de marzo), revelación de secretos (STS n.º 1898/2000, de 12 de diciembre), terrorismo (STS n.º 985/2009, de 13 de octubre) o cohecho (STS n.º 702/1997, de 20 de mayo).

A la *trascendencia social* del hecho se ha venido a sumar el *ámbito tecnológico de producción*. La razón estriba en el mayor alcance potencial del medio empleado. Así lo señalaba la STC n.º 104/2006, de 3 de abril, cuando hablaba de la *potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito*. No obstante, la razón esencial de la introducción del nuevo criterio de ponderación reside en el hecho de que muchos de los delitos que se cometen en la red solo pueden ser investigados a través de esas herramientas tecnológicas so pena de quedar impunes.

La *intensidad de los indicios existentes* será un importante parámetro para fundamentar la proporcionalidad de la medida. La consistencia de los indicios permitirá calibrar el nivel de desarrollo de la conducta delictiva y la participación del investigado, posibilitando así un análisis más ponderado sobre el grado de injerencia en el derecho fundamental de que se trate.

Finalmente, la *relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho* debe ser puesta en relación con los principios de idoneidad y necesidad (es lo que se ha venido considerando como proporcionalidad en sentido estricto). Englobará tanto la incidencia del descubrimiento en la integración y prueba de la correspondiente figura delictiva como el efecto de la medida en el restablecimiento de la paz social perturbada por el delito.

### 2.3 Resolución judicial habilitante

La importancia de la solicitud y su posterior reflejo en la resolución judicial que autorice la medida aparece recogida en el preámbulo de la LO 13/2015, cuando señala: «La reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que, en su caso, habilite la medida de injerencia». Efectivamente, el momento más importante para la protección del derecho fundamental afectado será el de la adopción inicial de la medida. De ahí que el legislador haya querido prestar especial atención a todos los extremos que van a rodearlo.

### 2.3.1 LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA MEDIDA

El art. 588 bis b regula la solicitud de autorización judicial precisando los sujetos legitimados para instarla y el contenido que habrá de tener. El Legislador ha optado por limitar la capacidad para instar la medida al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial, admitiendo también la posibilidad de adopción de oficio por el propio Juez de Instrucción. A pesar de que el inicial Anteproyecto de Ley de reforma no incluía la posibilidad de adopción de oficio de la medida, parece evidente que en un sistema como el español, en el que la instrucción continúa en manos de un Juez, debe tener éste facultades para su adopción, al ser el responsable último de la investigación (sin perjuicio del necesario control de la medida por parte del Ministerio Fiscal, que deberá velar por el cumplimiento de las previsiones legales haciendo uso, en su caso, del régimen de recursos).

Lo anteriormente expuesto no impide que la acusación particular o popular, a pesar de que la ley no les otorga legitimación, propongan al Juez alguna de estas medidas. En estos supuestos únicamente cabría la adopción de oficio por el Juez, si llega a asumir la propuesta, si bien, en tal caso, la resolución que se dicte será notificada a la parte acusadora en el momento en que se alce el secreto de la pieza separada que habrá de incoarse (art. 588 bis d LECrim) con la finalidad de no frustrar la eficacia de la medida.

Debe precisarse que en el concepto de Policía Judicial estarán incluidas tanto las policías autonómicas como el Servicio de Vigilancia Aduanera, cada uno de ellos en los casos y con el alcance previsto en las leyes y desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En particular y por lo que al Servicio de Vigilancia Aduanera se refiere, debe recordarse la doctrina de la FGE (Consulta 2/1999, de 1 de febrero, sobre *Servicio de Vigilancia Aduanera como Policía Judicial*) y el acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2003 que señaló: «El servicio de vigilancia aduanera no constituye Policía Judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del art. 283.1 de la LECrim, que sigue vigente conforme establece la disposición adicional primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre sobre represión del contrabando en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los jueces de instrucción y del Ministerio Fiscal. Las actuaciones realizadas por el servicio de vigilancia aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas».

### 2.3.2 CONTENIDO DE LA SOLICITUD

El art. 588 bis b.2 enumera las menciones que necesariamente habrá de contener la solicitud de medidas de investigación tecnológica cuando esta tenga su origen en el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial. La validez y el éxito de la medida van a depender, en gran parte, de la corrección de la solicitud inicial en que se funde.

La importancia de la solicitud inicial se incrementa todavía más en los supuestos de motivación por remisión. Sobre este particular señala la STS n.º 745/2015, de 23 de noviembre: «La motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (...) Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención (...) contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad» (en el mismo sentido, STS n.º 86/2018, de 19 de febrero). En estos casos, por lo tanto, las carencias que pudiera tener la solicitud inicial pasarán directamente a la resolución judicial habilitante (en este sentido, STC n.º 136/2006, de 8 de mayo).

Desde otro punto de vista, las deficiencias, irregularidades y omisiones que pudiera contener la solicitud inicial no tienen por qué viciar la medida en los casos en que no se incorporen a la resolución.

En cuanto a las concretas menciones que ha de contener la solicitud, es preciso aclarar que la redacción inicial del Anteproyecto no comprendía el actual Capítulo IV, sino que incluía estas disposiciones comunes dentro del dedicado a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. La consecuencia es que alguna de las menciones que ahora se incluyen en el art. 588 bis b resultan aplicables, especialmente, a este tipo de comunicaciones, pero no a otras medidas. Este es el caso de la referencia a «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 duración de la medida que se solicita» y «el sujeto obligado que llevará a cabo la medida».

Las previsiones que recogen los ocho apartados del art. 588 bis b.2 presentan un lógico paralelismo con los extremos que, según el art. 588 bis c.3, deberá recoger la resolución, por lo que tales menciones serán analizadas con motivo del estudio de esta última. Es preciso, no obstante, abordar aquí dos aspectos; en primer lugar, la calificación jurídica de los hechos investigados que motivan la diligencia de inves-

tigación y, en segundo lugar, el tipo de procedimiento en el que ha de ser acordada.

El art. 588 bis b.2.1.º exige que se haga constar *la descripción del hecho objeto de investigación* en la solicitud que se presente al Juez. A pesar de que no se exige expresamente la calificación jurídica (que sí se recoge en el art. 588 bis c.3.a para la resolución), será necesaria su inclusión en la solicitud, al menos con carácter indiciario y de acuerdo con los datos de los que se disponga en ese momento. A esta conclusión se llega si se atiende a que algunas medidas de investigación tecnológica únicamente pueden ser adoptadas cuando el delito investigado sea uno de los específicamente previstos, como ocurre en los casos de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 ter a), la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos (art. 588 quater b.2.a) y los registros remotos sobre equipos informáticos (art. 588 septies a.1).

En cuanto al procedimiento, aunque pudiera interpretarse que la solicitud debe hacerse en el seno de uno ya iniciado, nada se opone a que sea tal petición la que le dé comienzo. Efectivamente, la referencia a la *investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia* no implica investigación judicial, sino que puede tratarse, como a menudo ocurre, de la llevada a cabo por la policía o el Ministerio Fiscal. Lo que no admite discusión es que la medida deberá ser adoptada en procedimiento judicial, si se atiende a la referencia expresa que se hace en el art. 588 bis a.1: «durante la instrucción de las causas».

El desarrollo de medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales como las intervenciones telefónicas— en el marco de las denominadas diligencias indeterminadas ha sido censurado por la jurisprudencia, como en el caso de la STS n.º 301/2013, de 18 de abril, que señalaba que *la ejecución, desarrollo y cese de la intervención en diligencias indeterminadas, con absoluto secreto incluso para el Fiscal, determina en todo caso la nulidad de la prueba*. No obstante, para el TC no implica, *per se*, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Lo relevante es la posibilidad de control tanto inicial (aun cuando se practiquen en esta fase sin conocimiento del interesado, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal) como posterior (cuando se alza la medida, el propio interesado ha de poder conocerla e impugnarla). No quiebra esa garantía cuando estas se unen, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, «satisfaciendo así las exigencias de control de cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y

por ello inaceptable, secreto» (SSTC n.º 49/1999, de 5 de abril; 126/2000, de 16 de mayo; y 259/2005, de 24 de octubre).

### 2.3.3 CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

#### 2.3.3.1 *Auto motivado, audiencia del Ministerio Fiscal y plazo para dictar la resolución*

El apartado primero del art. 588 bis c, establece: «el juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud».

La necesidad de auto para la adopción de medidas de investigación tecnológica viene impuesta por el art. 141 LECrim al indicar que las resoluciones que dicten los Juzgados y Tribunales se denominarán autos cuando *afecten a un derecho fundamental*.

El apartado segundo del art. 588 bis c prevé que el Juez, antes de resolver, pueda requerir una ampliación o aclaración de la solicitud con la finalidad de completar la fundamentación. Su objeto puede referirse a cualquiera de los requisitos expresados en los *artículos anteriores*, tanto materiales como formales.

La resolución judicial autorizando la medida de investigación tecnológica requerirá, preceptivamente, la audiencia del Ministerio Fiscal. La Circular 1/2013 sobre *pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas* ya recogía diversas sentencias que venían propugnando el informe previo del Ministerio Fiscal como requisito de legalidad de la medida (SSTS n.º 248/2012, de 12 de abril y 722/2012, de 2 de octubre). A pesar de que el Anteproyecto no lo preveía, el informe del CGPJ insistió en su necesidad, incorporándose al texto finalmente aprobado.

La falta de informe previo refleja un déficit de control en la adopción de la decisión que, si va unido a otras circunstancias que también denoten falta de control, como sería, por ejemplo, la absoluta ausencia de intervención del Ministerio Fiscal en la pieza separada de la medida de investigación tecnológica, podría llegar a alcanzar relevancia constitucional (vid. STC n.º 197/2009, de 28 de septiembre). La omisión del informe previo, no obstante, por sí sola, no pasará de ser una irregularidad procesal. El informe previo, sin embargo, resulta innecesario en aquellos casos en los que el Ministerio Público insta la diligencia (STS n.º 272/2017, de 18 de abril).

Los Sres. Fiscales deberán extremar las cautelas con el fin de que figure siempre su informe con carácter previo a la adopción de cualquier medida de investigación tecnológica. La relevante función que el Ministerio Fiscal desempeña en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos durante la tramitación de los procedimientos penales –y más en los casos en los que las actuaciones permanezcan secretas para el investigado– se compadecería mal con cualquier déficit de diligencia en actuaciones de la trascendencia de esta, en las que la intervención del Fiscal se alza como garante de los derechos fundamentales. El informe, además, deberá profundizar en la concurrencia de todos los requisitos que la regulación exige para que resulte procedente la adopción de la medida de igual modo que cuando la solicitud de la misma parta del propio Ministerio Fiscal.

En todo caso, cuando por razones excepcionales no se hubiera emitido el preceptivo informe con carácter previo a la adopción judicial de la medida, la omisión deberá subsanarse –con la mayor celeridad posible– mediante la notificación del auto. En su caso, la no interposición de recurso alguno supondrá la conformidad con la solicitud formulada y la resolución adoptada.

El art. 588 bis c exige también que la resolución judicial –autorizando o denegando la medida– se dicte en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud. Parece un lapso temporal excesivamente breve. Debe tenerse en cuenta que, cuando se trate de solicitudes policiales –que serán las más frecuentes–, deberá el Juez dar traslado al Ministerio Fiscal para que informe y, posteriormente, dictar una resolución importante en un doble sentido: por un lado, se trata de limitar un derecho fundamental; por otro, la resolución va a condicionar la validez posterior de la investigación e, incluso, del procedimiento.

Como regla general, el incumplimiento del plazo deberá considerarse como una mera irregularidad procesal sin alcance constitucional. Ahora bien, en aquellos casos en los que el incumplimiento se prolongue de manera absolutamente desproporcionada, de forma tal que pueda comprometer la concurrencia de los principios de excepcionalidad y necesidad, podría provocar la nulidad de la medida. En este último caso, lo más correcto sería que el Juez requiriera nuevo informe ampliatorio de quien hubiere instado la medida (policía o Ministerio Fiscal) con el fin de recabar nuevos datos que confirmen la vigencia de tales principios en el momento de dictar la resolución.

Es preciso recordar que el plazo de las veinticuatro horas puede interrumpirse según el apartado segundo del art. 588 bis c– siempre que el Juez requiera una ampliación o aclaración de la solicitud para

resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos. La interrupción no está sujeta a límite alguno –ni para la emisión del informe ampliatorio o aclaratorio ni para el dictado del auto– lo que incide en la falta de practicidad de la previsión temporal.

Otra cuestión radica en la forma de proceder cuando la solicitud tuviera que presentarse fuera del horario previsto para la presentación de escritos. En este caso se hará ante el Juzgado de guardia. Debe partirse de que, conforme al art. 201 LECrim, «todos los días y horas del año serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial».

### 2.3.3.2 Alcance objetivo de la resolución

En el ámbito objetivo de la resolución judicial se analizarán los extremos que recogen los apartados a) y c) del art. 588 bis c.3.

Señala el apartado a) que en la resolución judicial que autorice la medida deberá concretarse «el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida».

La indicación del hecho deriva directamente de los principios de especialidad y proporcionalidad. No es preciso el grado de detalle que demandarían otras resoluciones (como el auto de procesamiento). Bastará –para distinguirla de una investigación prospectiva– con una individualización suficiente y que se haya alcanzado un mínimo de precisión objetiva de los hechos a investigar.

La indicación de la calificación jurídica resulta de las exigencias propias del principio de proporcionalidad que, en relación con alguna de las medidas que regula la Ley, se ha reflejado en el establecimiento de catálogos cerrados de comportamientos delictivos.

El incumplimiento de alguna de estas dos previsiones podrá afectar a la validez de la resolución judicial en la medida en que resulten comprometidos los principios rectores. Si las deficiencias en la indicación del hecho no impiden su individualización o si la omisión o error en la calificación jurídica no afectan a la proporcionalidad de la medida, se estará, todo lo más, ante meras irregularidades procesales sin trascendencia constitucional.

La valoración de los presupuestos que justifiquen una medida de investigación tecnológica deberá hacerse siempre *ex ante*, con los datos de los que se disponga en el momento de su adopción. En este sentido, señala la STS n.º 974/2012, de 5 de diciembre: «en los autos que restringen derechos fundamentales, el tipo de juicio requerido (...)

ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva *ex ante*, o lo que es lo mismo, *prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido* como consecuencia de la actuación policial (...) Lo contrario, es decir, la justificación *ex post*, solo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del art. 11,1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del art. 24 CE» (en el mismo sentido, la STS n.º 719/2013, de 9 de octubre y las SSTC n.º 165/2005, de 20 de junio y 259/2005, de 24 de octubre).

La resolución judicial deberá, también, exteriorizar *los indicios racionales en los que funde la medida*. Existe un amplio y consolidado cuerpo jurisprudencial acerca del concepto, naturaleza y alcance de los indicios necesarios para acordar medidas de intervención telefónica que, al tener el mismo fundamento que el resto de medidas de investigación tecnológica, es perfectamente predicable respecto de estas últimas. Cabe remitirse a la Circular n.º 1/2013 que, en relación con los indicios necesarios para fundamentar una intervención telefónica, señala:

«No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni deducciones basadas en confidencias (STS n.º 658/2012, de 13 de julio). Los indicios que se exigen son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento (STC n.º 26/2010, de 27 de abril, STS n.º 1592/2003, de 25 de noviembre). Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (SSTC n.º 26/2010, de 27 de abril, 5/2010, de 7 de abril, 197/2009, de 28 de septiembre y 253/2006, de 11 de septiembre). Los indicios han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las «meras hipótesis subjetivas» (STS n.º 926/2007, de 13 de noviembre). La resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo (SSTC n.º 25/2011, de 14 de marzo; 197/2009, de 28 de septiembre 70/2010, de 18 de octubre, 167/2002, de 18 de septiembre, 184/2003, de 23 de octubre).»

No es preciso que los indicios que recoja la resolución judicial resulten probados, señalando la STS n.º 203/2015, de 23 de marzo,

que «naturalmente, no pueden utilizarse datos que no consten en tales oficios, pero tampoco puede exigirse verificaciones añadidas a lo expuesto en el oficio policial; podrán solicitarse nuevos datos, dictando una resolución judicial para que se amplíen los elementos indiciarios expuestos, pero no puede exigirse prueba de los que allí figuran, puesto que de las afirmaciones que consten en el informe policial ha de partir el juez para verificar el juicio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad» (en el mismo sentido, STS n.º 246/2014, de 2 de abril). Además, como señala el ATS n.º 298/2017, de 26 de enero, «deben ser evaluados en la forma en que se presentan en el momento de adoptarse la decisión judicial, sin que pueda efectuarse la evaluación de la pertinencia de la decisión desde un juicio *ex post*» ya que, como afirma la STS n.º 203/2015, de 23 de marzo, «el éxito posterior de la investigación, tampoco puede convalidar lo que en sus raíces nacía podrido: se trata de un juicio *ex ante* (SSTC 165/2005, de 20 de junio o 259/2005, de 24 de octubre)».

Algunos indicios que han sido valorados por la jurisprudencia como aptos para acordar una medida de investigación limitadora del secreto de las comunicaciones, han sido: la aprehensión de droga unida a la declaración de un detenido (STS n.º 291/2010, de 24 de marzo); la existencia de informaciones confidenciales comprobadas en alguno de sus extremos (STS n.º 203/2015, de 23 de marzo); antecedentes penales por delitos de la misma naturaleza (STS n.º 178/2005, de 15 de febrero); el cambio frecuente de teléfonos móviles (STS n.º 9/2010, de 22 de enero); mantener breves contactos con consumidores, para la investigación de delitos contra la salud pública (STS n.º 1078/2009, de 5 de noviembre); el contacto con personas relacionadas con el tráfico de drogas, en la investigación de esta clase de delitos (ATS n.º 2323/2006, de 23 de noviembre); el contraste de un alto nivel de vida con la ausencia de actividad laboral conocida (STS n.º 537/2008, de 12 de septiembre); la adopción de medidas de contravigilancia y seguridad por parte del investigado (STS n.º 31/2008, de 8 de enero). No existe un catálogo cerrado, sino que cualquier circunstancia objetiva que pueda tener una significación relevante desde el punto de vista de la investigación, puede ser valorada como indicio.

Los indicios deberán ser considerados en su conjunto y no individualmente. La STS n.º 658/2012, de 13 de julio, señala: «algunas conductas externas (maniobras con un vehículo, recogida de paquetes, relación con ciertos ambientes, posesión de muchos vehículos) pueden obedecer a mil razones diferentes la mayoría de las cuales no guardan la más mínima relación con una actividad delictiva. Pero cuando confluyen varias de ellas y adquieren plena coherencia y

explicación si se ponen en relación con las informaciones confidenciales que la policía relata haber recibido, este no es un dato neutro: es un indicio más que adquiere mayor valor por esos puntos de confirmación».

Los indicios de actividad delictiva deberán reflejarse en la resolución judicial. La jurisprudencia, no obstante censurar la práctica de las denominadas motivaciones por remisión, la ha venido admitiendo, señalando la STS n.º 745/2015, de 23 de noviembre, que «tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (...) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal».

La adopción de una medida de investigación tecnológica sin que existan indicios de actividad delictiva o sin que se exterioricen tales indicios en la resolución judicial o sin que alcancen el grado de exigencia fijado jurisprudencialmente, convertirá en nula la resolución judicial habilitante, con los efectos, tanto directos como indirectos, que derivan de la misma conforme al art. 11 LOPJ. No obstante, puede tener distinto alcance según la gravedad de la irregularidad sufrida, incluso no producirse la nulidad indirecta en los supuestos menos graves. Como señala la STS n.º 811/2012, de 30 de octubre, «cuando no nos encontremos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni ante una intervención acordada por resolución absolutamente inmotivada, sino ante una resolución judicial en que la expresión de sus fundamentos justificativos haya sido declarada insuficiente, la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones puede quedar satisfecha sin que resulte necesario extender dicha prohibición a las pruebas derivadas» (en el mismo sentido, STS n.º 650/2016, de 15 de julio).

La resolución judicial deberá resolver también, conforme al apartado c del art. 588 bis c.3, acerca de «la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a».

La extensión de la medida estará íntimamente relacionada y condicionada por la modalidad que se adopte. Así, tratándose de *intervenciones telefónicas*, la resolución deberá determinar si la autorización comprende únicamente el registro y grabación del contenido de la comunicación o se extiende también al conocimiento de otros datos de tráfico asociados a esa comunicación; en el caso de *captación y gra-*

*bación de comunicaciones orales* deberá determinarse, también, si la grabación comprende o no imágenes u otros datos asociados, como la geolocalización, cuando el dispositivo de grabación lo permita; cuando se trate del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información deberá indicarse, con precisión, si el registro se extenderá a todo el dispositivo y a toda clase de archivos o si quedará limitado a alguna parte del mismo; en los *registros remotos sobre equipos informáticos* deberá precisarse también el alcance y extensión de la injerencia en relación con las posibilidades que ofrezca la técnica de registro que se utilice.

En lo que concierne a *la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a*, la concurrencia de cada uno de estos principios vendrá determinada por el cumplimiento de los diversos requisitos que, para la validez de la resolución judicial habilitante, se exigen en la Ley. Ello no obsta a que se haga una mención especial, señalando los extremos que los justifican y deduciendo de cada uno de ellos los efectos que procedan para el desarrollo de la medida.

### 2.3.3.3 *Alcance subjetivo de la resolución*

El apartado b) del art. 588 bis c.3 LECrim exige que se haga constar «la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido». Esta previsión se complementa con las precisiones que se recogen en el art. 588 bis h.

El alcance subjetivo de la resolución ha sido objeto de un profundo tratamiento jurisprudencial en lo concerniente a las intervenciones telefónicas. La Circular 1/2013 recogió buena parte de la citada doctrina del TC y TS que la reforma ha confirmado. Condensando sus principales argumentos, pueden alcanzarse las siguientes conclusiones:

- En la resolución judicial que acuerde la medida deberá reflejarse la identidad del afectado, si fuere conocido.
- No conociéndose la identidad, deberán indicarse los datos de los que se tenga conocimiento y que permitan su individualización (número de teléfono, domicilio, señas de identidad física, apodo o sobrenombre, etc.)
- La identidad que ha de reflejarse en la resolución es la del afectado por la medida, cuyo derecho se ve limitado, que puede no coincidir con el titular formal del medio sobre el que esta recaiga (teléfono, ordenador, vehículo en el que se instalen dispositivos, etc.)

- Los errores padecidos en la identificación subjetiva no tienen por qué viciar la resolución.
- Es posible adoptar medidas de investigación que afecten directamente a un tercero no investigado con la finalidad de obtener datos relevantes.

Las conclusiones alcanzadas son perfectamente extrapolables al resto de las medidas de investigación tecnológica. La resolución judicial deberá precisar la identidad tanto del investigado como de cualquier otro afectado por la misma, de ser conocido, supliéndose la identificación por los datos de los que se disponga cuando no sean conocidas las identidades.

Lo importante es que el ámbito del derecho fundamental aparezca delimitado en relación con una o varias personas vinculadas con el hecho delictivo, independientemente de que la concreción se consiga mediante su identidad real, supuesta o ficticia o de datos objetivos que permitan su individualización.

El precepto admite también la posibilidad de la afectación de derechos de terceros distintos del investigado (*cualquier otro afectado por la medida*). Se tratará, por ejemplo, de aquellos que mantengan comunicaciones con el investigado (en el caso de intervenciones telefónicas o telemáticas o grabación de comunicaciones orales), quienes le acompañen (cuando se utilicen dispositivos técnicos de seguimiento) o quienes compartan con él dispositivos o repositorios de almacenamiento de datos (en el caso de los registros de dispositivos de almacenamiento o equipos informáticos). Es la denominada «vía indirecta» que ya venía siendo admitida por doctrina jurisprudencial. Así, en la STS n.º 419/2013, de 14 de mayo, se hablaba de una «recogida de arrastre de todas las conversaciones mantenidas a través del teléfono intervenido». En el mismo sentido, la STS n.º 563/2009, de 21 de mayo, admitió una intervención telefónica practicada sobre el familiar de la persona investigada con la finalidad de localizar a este último y la STS n.º 467/1998, de 3 de abril, validó la intervención de las comunicaciones realizadas desde el teléfono de un establecimiento público.

La posibilidad de que resulten afectados derechos de terceras personas ajenas a la investigación, por lo tanto, no será obstáculo para la adopción de la medida. Ello sin perjuicio de la necesidad de identificarlos –si fueran en este momento conocidos–, así como de incluir una motivación reforzada en la resolución judicial que justifique la medida.

#### 2.3.3.4 *Unidad policial investigadora y sujeto obligado*

Los apartados d) y h) del art. 588 bis c.3 LECrim exigen que la resolución judicial que acuerde una medida de investigación tecnológica concrete *la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, así como el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.*

La identificación de la unidad policial no venía siendo exigida por la jurisprudencia (en este sentido, STS n.º 1563/2005, de 24 de enero), constituyendo ahora una novedad. Su inclusión se justifica como un medio más de control. La omisión de este requisito, su deficiencia o error no debería tener trascendencia constitucional que invalidara la resolución, salvo que ese déficit de control judicial resultara incrementado por otras circunstancias.

En cuanto al sujeto obligado que llevará a cabo la medida, la Ley parece estar pensando en la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, que requieren de la intervención de los operadores que exploten la red o presten el servicio de telecomunicaciones (ya antes de la reforma de la LECrim obligados por el art. 39 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, *General de Telecomunicaciones*) o conforme al art. 588 ter e— de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, así como de otras personas que de cualquier modo contribuyan a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual.

La previsión debe entenderse también aplicable a las personas o entidades que gestionen servicios privados de telecomunicación o de almacenamiento de datos (en el caso de registros remotos sobre equipos informáticos), a las sociedades mercantiles que comercialicen programas informáticos que gestionen almacenamiento de datos en equipos informáticos (en el caso de registro de dispositivos de almacenamiento de información) o incluso a cualquier persona física o compañía a la que se requiera por el Juzgado para posibilitar la efectividad de una medida de investigación (por ejemplo, la marca de un vehículo a la que se le pida el duplicado de una llave para la instalación en el mismo de un dispositivo de seguimiento o grabación de comunicaciones).

La resolución judicial debe contener un expreso apercibimiento para el caso de incumplimiento de los deberes de colaboración y de guardar secreto que se imponen al sujeto obligado a llevar a cabo la

medida de investigación. La desatención de ese apercibimiento no solo podría suponer la comisión de un delito de desobediencia, sino que también podría serlo de un delito de revelación de secretos.

Existirá desobediencia si se omite la conducta esperada por el ordenamiento jurídico y ordenada por el Juez. Se trataría de un delito especial y de omisión. Pero, si, además, incumpliera el deber de guardar secreto, se estaría en presencia del delito de resultado que tipifica el art. 466.3 CP. Se trataría de dos acciones distintas y, por tanto, de dos delitos que ofenderían a bienes jurídicos distintos, por lo que estarían en relación de concurso real.

Otro tanto ocurriría si se llegan a destruir, ocultar o inutilizar los datos, imágenes o comunicaciones intervenidos o grabados, que podría dar lugar a un delito de obstrucción a la justicia del art. 465.2 CP, delito de resultado que afectaría a un bien jurídico distinto y, por lo tanto, concurriría también en relación de concurso real con el delito de desobediencia.

Lógicamente, para que se aprecie la existencia de un delito de desobediencia habrá de valorarse la concurrencia de los elementos típicos sobradamente expuestos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ver, por todas, las SSTS 1219/2004, de 10 de diciembre, y 8/2010, de 13 de enero).

#### 2.3.3.5 *Otras menciones de la resolución: duración, control de la medida y finalidad perseguida*

La resolución judicial que regula el art. 588 bis c deberá concretar, además, la duración de la medida (apartado e), *la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida* (apartado f) y *la finalidad perseguida* (apartado g).

La duración máxima de la medida vendrá siempre delimitada por las previsiones expresas contenidas en su regulación particular: tres meses de duración máxima inicial prorrogable hasta un límite de dieciocho meses, para la *intercepción de comunicaciones telefónicas y telemáticas* –según el art. 588 ter g– y para la utilización de *dispositivos de seguimiento y localización* –según el art. 588 quinquies c– y un mes de duración máxima inicial prorrogable hasta un límite de tres meses, para los *registros remotos sobre equipos informáticos* –art. 588 septies c–.

La duración concreta de la medida va a depender siempre de las circunstancias concurrentes en cada caso que fundamenten su idoneidad (art. 588 bis a.3) desde la perspectiva de los principios rectores

(excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad). Nunca debe olvidarse que el art. 588 bis e.1 establece que «no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos».

La resolución deberá fijar, por tanto, un plazo inicial de duración justificado por la idoneidad de la medida, conforme a los citados principios rectores. Lo anterior también es predicable en el caso de las prórrogas.

La duración de la medida únicamente reviste la significación analizada en el caso de las medidas de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, utilización de dispositivos de seguimiento y localización y registro remoto sobre equipos informáticos. En estos casos, cada día que pasa se accede a nuevo contenido íntimo del investigado. Por el contrario, cuando se trata del *registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información*, la intimidad afectada será la que existía en el momento de la incautación, sin que el transcurso del tiempo empleado en el registro la incremente.

Distinto es el caso en los supuestos de *captación y grabación de comunicaciones orales* mediante la utilización de dispositivos electrónicos. La idoneidad de la medida se delimita aquí por la relevancia que pueda tener para la investigación un determinado acontecimiento (como son las reuniones que pueda tener el investigado con terceras personas) y no por el mero transcurso del tiempo. En consecuencia, la resolución judicial debe precisar los concretos encuentros cuya grabación se autoriza.

El apartado f) del art. 588 bis c.3 exige que la resolución judicial concrete *la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados*. Este requisito enlaza directamente con la exigencia de control judicial de la medida que desarrolla, posteriormente, el art. 588 bis g. Como ha venido señalando la doctrina jurisprudencial (SSTC n.º 25/2011, de 14 de marzo; 72/2010, de 18 de octubre; 205/2005, de 18 de julio; 239/2006, de 17 de julio; 197/2009, de 28 de septiembre; y 26/2010, de 27 de abril, citadas todas ellas en la Circular 1/2013) y confirma el nuevo precepto, la manera de llevar a cabo este control judicial se realiza mediante la fijación (en la resolución que adopte la medida o en sus prórrogas) de la forma y la periodicidad con la que el solicitante –normalmente la Policía Judicial que esté llevando a cabo la medida– informará al juez sobre los resultados. La simple omisión no necesariamente afecta a la validez de la medida si ha existido efectivo control judicial; si no se lleva a efecto –a pesar de expresarse en la resolución la forma y periodicidad de la dación de cuenta–, podría resultar nula.

Por último, la concreción en el auto habilitante de la finalidad perseguida con la medida (apartado g, del art. 588 bis c.3), supone la exteriorización de las razones que justifican la concurrencia de los principios rectores exigidos en el art. 588 bis a, y más en concreto, los de excepcionalidad y necesidad.

## 2.4 Secreto de las actuaciones

El art. 588 bis d LECrim dispone: «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».

Hasta la entrada en vigor de la reforma de la LECrim no era extraño que se llevara a cabo la interceptación de comunicaciones telefónicas sin acordar el secreto de las actuaciones al mismo tiempo. A pesar de la inexistencia de resolución, la medida se desarrollaba al margen del conocimiento del investigado y, en el momento de alzarse esta, era cuando se comprobaba la omisión –normalmente por denuncia del investigado–. La Sala Segunda del TS entendió que, aunque constituía una evidente irregularidad, la omisión no tenía relevancia constitucional para provocar la nulidad de la medida, al no haber existido indefensión para los investigados (SSTS n.º 9/2004, de 19 de enero, 402/2008, de 30 de junio y 90/2010, de 5 de febrero, entre otras).

El legislador ha optado por establecer una declaración automática y tácita de secreto, puesto que el éxito de las medidas no es posible si el investigado está informado de su desarrollo. Por lo tanto, toda solicitud de medidas de investigación tecnológica llevará consigo la formación de una pieza separada y secreta. Ahora bien, hay que tener presente que el secreto únicamente alcanzará a dicha pieza, pero no al resto del procedimiento que sigue sujeto al régimen del art. 302 LECrim. De no mediar declaración expresa, conforme a lo previsto en el art. 118 LECrim, deberá notificarse al investigado la parte del procedimiento no incluida en la referida pieza separada lo que –al estar el afectado prevenido– generaría un elevado riesgo de frustrar la investigación. En consecuencia, los Sres. Fiscales deberán valorar la necesidad de instar la declaración de secreto de la totalidad del procedimiento cuando su conocimiento por parte del investigado pudiera conducir al fracaso de las medidas.

Cada medida de investigación tecnológica que se tramite dará lugar a la formación de una pieza separada secreta distinta y diferenciada (así

se desprende del singular utilizado por el legislador: «la medida solicitada»). La separación e individualización resulta necesaria, no solo para valorar adecuadamente la corrección o nulidad de cada medida y su aptitud probatoria, sino también porque es posible mantener el secreto de unas medidas y no de otras (aunque la regla general será el mantenimiento del secreto en todas). En la práctica, cuando un oficio policial solicite diversas medidas deberá llevarse testimonio del mismo a cada una de las piezas. De igual modo, aunque el Juez resuelva sobre todas las medidas solicitadas en un único auto, deberá llevarse también testimonio del mismo a las distintas piezas formadas. En este último caso deberá evitarse levantar el secreto de solo alguna de las piezas, manteniendo el de otras, pues al ser comunes los autos alertarían de la existencia de otras medidas a los investigados.

Lo que acuerda la medida de investigación tecnológica es la limitación del derecho fundamental de una persona determinada, por lo que deberá incluirse en la misma pieza todo lo concerniente a la limitación de ese derecho, a ese concreto investigado, a través de una misma medida. Esto se traducirá en que, si se acuerda la interceptación de comunicaciones telefónicas de un investigado, se incluirán en la misma pieza, no solo la resolución que lo acuerde y sus prórrogas, sino también cualquier resolución que se dicte extendiendo la medida a otros terminales telefónicos diferentes al inicialmente acordado y que el investigado vaya sucesivamente utilizando como medida de seguridad para evitar el control judicial. Igualmente se incluirán en la misma pieza las distintas resoluciones que acuerden la utilización de dispositivos electrónicos de seguimiento de un mismo investigado, aunque se vayan colocando, por ejemplo, en distintos vehículos utilizados por el mismo. Por igual motivo, será objeto de una misma pieza el registro de todos los dispositivos de almacenamiento masivo de información que se le incauten a un mismo investigado, no obstante su número y diversidad. En el caso de las medidas de investigación que se desarrollen durante un periodo de tiempo, además, la inclusión en la misma pieza de todas las resoluciones que adopten o prorroguen la limitación del derecho fundamental, servirá para llevar un mayor control del cómputo total de duración de la medida.

No obstante lo expuesto, la tramitación de diversas medidas en una sola pieza separada o la inclusión en la misma pieza de medidas que afecten a diversos sujetos no llevará consigo la nulidad de lo actuado, al no limitar dicha práctica los derechos fundamentales afectados.

La pieza deberá estar integrada por la solicitud inicial de la medida; las ampliaciones aclaratorias, en su caso; el informe del

Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante de la medida; la resolución judicial; y, en caso de accederse a ella, los resultados de la medida, en todos los supuestos de medidas de realización instantánea (como sería el caso del registro de dispositivos masivos de almacenamiento). Cuando se trate de medidas de ejecución sucesiva o prolongada en el tiempo deberán incluirse también las solicitudes de prórroga y las correspondientes resoluciones judiciales, así como las nuevas solicitudes de medidas de la misma naturaleza referidas al mismo investigado. A este contenido habitual de la pieza cabe añadir, como excepcional, los recursos que se formulen contra las resoluciones que se incluyan en la pieza y sus correspondientes resoluciones. Únicamente el Ministerio Fiscal podrá recurrir mientras la pieza permanezca secreta, aunque nada impide el recurso del resto de los intervinientes en el procedimiento una vez que se alce ese secreto.

La pieza separada a la que hace referencia el art. 588 bis d LECrim se abrirá con la solicitud de la medida de investigación y no con el auto que resuelva sobre la misma. Es importante precisar este extremo, ya que si el Juez decide no acceder a la medida solicitada deberá hacerlo ya dentro de la pieza separada y secreta incoada con la solicitud y, por lo tanto, excluida del conocimiento de las partes, al menos, hasta que el Juez acuerde el levantamiento del secreto de esa pieza. Téngase en cuenta que la resolución judicial desestimatoria de la solicitud puede ser recurrida, quedando definitivamente frustrada la medida si previamente a la resolución del recurso se notifica a las partes la solicitud o su desestimación. Otro tanto ocurriría en aquellos casos en los que, no resultando procedente la medida en el momento de su solicitud, se ampliara posteriormente la investigación, aportando nuevos datos de justificación, que resultarían inocuos si la solicitud original fuera ya conocida por los investigados.

La formación de piezas separadas secretas interrumpirá los plazos de duración de la fase de instrucción del procedimiento, conforme a la interpretación que del art. 324.3 LECrim se hace en la Circular 5/2015 FGE, *sobre los plazos máximos de la fase de instrucción*.

## **2.5 Duración de la medida y prórrogas**

Los arts. 588 bis e y 588 bis f regulan la duración y solicitud de prórroga de la medida. Estas previsiones únicamente serán aplicables a aquellas medidas de investigación tecnológica de ejecución continuada en el tiempo.

La duración concreta de cada medida de investigación tecnológica está afectada por tres límites:

– En primer lugar, por el plazo máximo de duración que haya previsto el legislador (en el caso de la *interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas*, tres meses, prorrogables por periodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses [art. 588 ter g]; estos plazos rigen también para los *dispositivos de seguimiento y localización* [art. 588 quinquies c] y, en el caso del *registro remoto sobre equipos informáticos*, se reduce a un mes prorrogable hasta un máximo de tres [art. 588 septies c]).

– En segundo lugar, ese plazo máximo deberá ser limitado por el Juez en atención a las exigencias que los principios de idoneidad, necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad presenten para el caso concreto.

– Por último, deberá cesar antes del plazo fijado si se hubiera logrado el esclarecimiento de los hechos (art. 588 bis e) o si se constata que la diligencia no es adecuada para el fin que la justificó.

El transcurso del plazo concedido inicialmente o mediante prórroga determinará el cese de la medida «a todos los efectos» (art. 588 bis e.3 LECrim). La infracción de los plazos conducirá a la nulidad de los resultados obtenidos fuera del período autorizado, pero no a los conseguidos dentro del mismo (STS n.º 373/2016, de 3 de mayo). El incumplimiento podrá serlo tanto de los plazos máximos fijados legalmente como del plazo concreto fijado por el Juez.

Los Sres. Fiscales deberán atender a esa triple delimitación temporal de la medida, instando la fijación de plazos de ejecución de acuerdo con las previsiones legales y con las necesidades del caso concreto. Solicitarán también el cese de la medida cuando su mantenimiento ya no resulte necesario para el esclarecimiento de los hechos.

La prórroga de las medidas de investigación exige, como requisito imprescindible, que subsistan las causas que la motivaron. Se materializa en una resolución nueva que debe revestir la forma de auto en el que no se tratará de valorar nuevamente todos los requisitos necesarios para su adopción sino, únicamente, si las correspondientes causas y circunstancias que motivaron en su momento la resolución judicial habilitante subsisten y justifican el mantenimiento de la medida. Confirmando lo expuesto, la STS n.º 195/2014, de 3 de marzo, expresa: «La propia significación gramatical del término prorrogar evoca la idea de continuar, extender algo por un tiempo determinado [...] En las sucesivas resoluciones la legitimidad constitucional de la medida exigirá que el control judicial siga siendo efectivo, pero no que se

expresen renovados presupuestos fácticos que, por definición, pueden ser los mismos que los que motivaron la inicial autorización de la inyección».

Distinto es el supuesto de hallarnos ante causas y circunstancias diferentes a las consideradas inicialmente (como sería el descubrimiento de una actividad delictiva diferenciada). En tal caso no procedería la prórroga, sino una resolución que se ajuste a la de los descubrimientos causales que regula el art. 588 bis i.

Si subsiste la sospecha inicial, la ausencia de nuevos datos durante el periodo de ejecución de la medida no constituye obstáculo a la prórroga. Como expresa la STS n.º 295/2010, de 8 de abril: «no debe resultar extraño o paradójico (...) que se adopte la decisión de prolongar la escucha por no haberse obtenido hasta el momento resultado positivo, pues si las sospechas iniciales persisten y los indicios, respecto a otros sospechosos se incrementan a través de las intervenciones telefónicas, resulta de una elemental lógica prorrogar razonablemente la intervención, en tanto existan datos vigentes que apuntan a futuros contactos ilícitos con otros implicados. La tesis contraria, cual sería obtener abundantes indicios de criminalidad, determinaría el cese de la medida, por ser suficiente el material incriminatorio hasta entonces disponible».

La prórroga –dice el precepto– podrá ser acordada *de oficio o previa petición razonada del solicitante* (art. 588 bis e.2). Por solicitante debe entenderse el que ha pedido la prórroga, no la medida en su primera fase. En los casos en los que la petición inicial haya partido del Ministerio Fiscal, es lícito que la prórroga sea requerida por la Policía Judicial. Lo mismo sucedería en el caso inverso.

La solicitud de prórroga deberá incluir *un informe detallado del resultado de la medida y las razones que justifiquen la continuación de la misma*. Para ello podrán utilizarse tanto la específica comunicación de los resultados de la medida como cualesquiera otros datos o circunstancias que deriven de la investigación (así, los resultantes de seguimientos, averiguaciones de toda índole o los que aporten otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que se pudieran estar empleando).

La Ley fija el plazo de *dos días siguientes a la presentación de la solicitud* para que el Juez de Instrucción resuelva sobre la prórroga (art. 588 bis f.2). No se exige aquí informe previo del Ministerio Fiscal, solo la notificación. Ello, no obstante, los Sres. Fiscales deberán efectuar un seguimiento de las vicisitudes de la medida tanto por su posición de garante de la legalidad como porque no es inusual que,

junto con la solicitud policial de prórroga, se incluyan nuevas peticiones de medidas que sí requieran su informe.

El incumplimiento de este plazo carece de trascendencia invalidante, tratándose de una simple irregularidad procesal que se agota en sí misma. Cuestión distinta sería que la medida se prorrogara después de vencido el plazo de duración inicialmente fijado, caso este en el que no podrían ser utilizados los resultados obtenidos sin cobertura judicial, es decir, entre el día de vencimiento del plazo y el día de la prórroga, pero sin que la irregularidad producida alcanzara a afectar a los resultados obtenidos después de la prórroga (en este sentido, entre otras, las SSTS n.º 926/2012, de 27 de noviembre, y 55/2013, de 22 de enero).

El Juez puede también solicitar aclaraciones o mayor información antes de dictar la prórroga (art. 588 bis f.2). En este caso –a diferencia de lo que ocurría con el plazo de 24 horas para dictar la resolución inicial– la petición de aclaración o ampliación no interrumpirá el citado plazo de dos días.

Finalmente, señala el art. 588 bis f.3 que, una vez dictada resolución judicial acordando la prórroga de la medida, *su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada*. Quiere esto decir que, aunque la prórroga se acuerde algún día antes de su vencimiento (lo que puede ocurrir, por ejemplo, porque el vencimiento se haya de producir en días festivos), no con ello se acorta el plazo inicial fijado a la medida, sino que habrá que esperar a que expire éste para comenzar el cómputo del plazo de prórroga.

## 2.6 Control de la medida

El art. 588 bis g establece una previsión en orden a garantizar el control judicial de las medidas de investigación tecnológica. La importancia del control judicial para el desarrollo de técnicas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, como la intervención de comunicaciones telefónicas, ya había venido siendo puesta de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Así, la STC n.º 166/1999, de 27 de septiembre declaraba que «queda afectada la constitucionalidad de la medida si (...) el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes de desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación».

La Circular 1/2013 señaló un triple alcance del control judicial de la medida en el caso de las intervenciones telefónicas: el seguimiento

de que se procede al cumplimiento estricto de lo autorizado, la evitación de extralimitaciones en la ejecución de la diligencia acordada y la evitación de cualquier clase de indefensión para el sometido a la intervención.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo vino considerando que ese control debía llevarse a cabo a través de una regular rendición de cuentas al Juez por parte de la unidad policial encargada de la medida, con la finalidad de que *el Juez cuente con la imprescindible información acerca de los resultados previamente obtenidos* (STS n.º 629/2011, de 23 de junio).

Esta doctrina jurisprudencial ha sido incorporada al art. 588 bis g, que exige que la Policía Judicial informe de su desarrollo y resultados *en la forma y con la periodicidad que el Juez determine*.

El incumplimiento de los plazos de dación de cuenta producirá un déficit de control judicial. Ello no genera, necesariamente, la nulidad de la medida, siempre que el Juez de Instrucción haya tenido información y conocimiento del resultado de las intervenciones (en este sentido, SSTS n.º 90/2010, de 5 de febrero, y 250/2017, de 5 de abril). Tampoco afectará al control de la medida que el Juez reciba las evidencias (grabaciones de conversaciones, informes de localización o de registros remotos de equipos informáticos) con posterioridad a la prórroga de la medida (STS n.º 40/2009, de 28 de enero), que no se remitan al Juez las transcripciones o que no se lleve a cabo su cotejo (SSTS n.º 1426/2002, de 18 de julio, y 1949/2002, de 22 de noviembre), que no se lleve a cabo la audición de grabaciones con carácter previo a la prórroga (STS n.º 629/2011, de 23 de junio) o que el Juez no realice la depuración de las conversaciones relevantes para la investigación (STS n.º 351/2004, de 17 de marzo), siempre, nuevamente, que tenga puntual conocimiento e información del desarrollo de la medida.

Por último, debe recordarse que la indicación de la forma y periodicidad de la rendición policial de cuentas al Juez deberá hacerse en la resolución inicial en la que se acuerde la medida (art. 588 bis c.3.f), no siendo necesario su reiteración en las sucesivas prórrogas. Así se desprende de la literalidad del precepto, que viene a recoger el criterio ya sentado por nuestra doctrina jurisprudencial (entre otras, STS n.º 719/2013, de 9 de octubre).

## 2.7 Afectación de terceras personas

La afectación de derechos de terceras personas ajenas a la investigación no constituye obstáculo para la adopción de medidas de inves-

tigación tecnológica, siempre que –entre otras exigencias– se les identifique en la resolución judicial habilitante, si fueran en ese momento conocidos (art. 588 bis c.3.b).

El art. 588 bis h condiciona la afectación de terceras personas a su previsión legal específica, conforme a la doctrina del TEDH. Efectivamente, la STEDH de 30 de julio de 1998 (caso Valenzuela Contreras contra España) señalaba ya que –cuando se trata de la interceptación de comunicaciones telefónicas– la previsibilidad requiere que la legislación interna incluya una relación precisa de las categorías de personas que pueden ser sometidas a la medida, la naturaleza de los delitos que puedan justificarla, la duración máxima de medida, así como el uso y el borrado de grabaciones realizadas.

Nuestra LECrim ha previsto específicamente la afectación de terceras personas atendiendo a dos criterios, uno objetivo y otro subjetivo.

Conforme al criterio objetivo, el art. 588 ter c regula la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas *emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona*, cuando se den los presupuestos que dicho precepto recoge. Además, también conforme a un criterio objetivo, el art. 588 quinquies a.2, regula la captación de imágenes en lugares o espacios públicos, *aun cuando afecte a personas diferentes del investigado*.

Desde un punto de vista subjetivo, la LECrim aborda específicamente la interceptación de comunicaciones entre el investigado y su abogado, aunque no lo hace dentro del título que se está analizando, sino a propósito de la regulación del derecho de defensa, señalando el art. 118.4:

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

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

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

Esta idea aparece también reiterada en el art. 520.7, cuando señala que «las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abo-

gado tendrán carácter confidencial en los mismos términos y con las mismas excepciones previstas en el apartado 4 del artículo 118».

La posibilidad de interceptar las comunicaciones de un Letrado con su cliente ya había venido siendo admitida por nuestra jurisprudencia y, en este sentido, la STS n.º 79/2012, de 9 de febrero, indicaba tres exigencias: «En primer lugar, una previsión legal suficiente (...) En segundo lugar, una justificación suficiente en el supuesto concreto, que tenga en cuenta los indicios disponibles en el caso, la necesidad de la medida y el respeto al principio de proporcionalidad (...) Y en tercer lugar, en nuestro Derecho, una autorización judicial».

Por lo tanto, será posible la intervención de comunicaciones (telefónicas, telemáticas o directas) entre un abogado y su cliente cuando, además de cumplirse el resto de los requisitos exigidos, la investigación pueda poner de manifiesto indicios objetivos de la participación del Letrado en una actividad delictiva. Se exceptúan, no obstante, las comunicaciones que puedan mantener en un centro penitenciario que –conforme al art. 51.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*– solo podrán ser intervenidas en los supuestos de terrorismo.

## **2.8 Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales**

La Circular 1/2013 dedicó uno de sus apartados al análisis de los hallazgos casuales en las investigaciones por medio de intervenciones telefónicas. Allí se decía: «la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que esta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (SSTC n.º 41/1998, de 31 de marzo, y 49/1996, de 26 de marzo)». Con cita de diversos antecedentes jurisprudenciales, concluía señalando que «los hallazgos casuales son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial (STS n.º 740/2012, de 10 de octubre)».

Cualquier medida de investigación que se desenvuelva en ámbitos de privacidad del investigado va a revelar numerosos datos íntimos y, entre ellos, tanto la actividad delictiva que se investiga –que es la que justifica la medida– como otras diferentes en las que haya o esté parti-

cipando. El principio de especialidad impide que los nuevos hechos delictivos resulten amparados por la resolución judicial. Nuestra jurisprudencia había venido considerando los mismos como *notitia criminis* que habría de ser inmediatamente puesta en conocimiento de la autoridad judicial (STS n.º 991/2016, de 12 de enero). El tratamiento había de ser distinto según se tratara de delitos conexos –en los que resolvería el propio Juez que supo del hallazgo casual– o no conexos –que se remitirían al Juez competente para que, en su caso, incoara un nuevo procedimiento– (SSTS n.º 167/2010, de 24 de febrero, y 940/2011, de 27 de septiembre).

Toda esta doctrina jurisprudencial ha sido incorporada a la LECrim en el art. 579 bis –dentro de la regulación del Capítulo III del Título VIII (consagrado a la *detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica*)–, al que se remite el art. 588 bis i para los casos de hallazgo casual en el curso de una medida de investigación tecnológica.

Como antecedente es preciso hacer referencia al acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009, que ya expresaba que, *cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada*.

Del análisis conjunto de los actuales arts. 588 bis i y 579 bis, se desprende que el legislador ha impuesto que se lleve al segundo procedimiento *testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia*. La Instrucción 2/2017, *sobre procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal*, detalla los criterios y pautas que deben seguir los Sres. Fiscales en tales casos.

Únicamente resultará necesario incoar un nuevo procedimiento cuando el descubrimiento casual revele un delito heterogéneo al investigado o cuando, en los casos previstos en el art. 17.3 LECrim, el Ministerio Fiscal no considere conveniente el enjuiciamiento conjunto de los hechos. Cuando se trate de delitos conexos, como ya venía sosteniendo la jurisprudencia, bastará con ampliar el objeto del proceso y de las eventuales diligencias de investigación tecnológica a la investigación del nuevo hecho descubierto.

Merece aquí destacarse la inexistencia de límites derivados de la gravedad del delito descubierto casualmente. No era esta la previsión inicial del Anteproyecto que –en su art. 588 bis m– exigía que se tratara de un *delito respecto del cual podría haberse acordado la medida*.

En consecuencia, es preciso distinguir dos momentos. El primero surge al producirse el hallazgo casual, en el que no se impone límite alguno derivado de la gravedad del delito para su utilización como *notitia criminis*.

El segundo momento se da cuando, en el procedimiento derivado, se pretende la adopción de medidas de investigación tecnológica dirigidas concretamente a la investigación del delito casualmente hallado. La resolución habilitante del procedimiento matriz legitima el hallazgo, pero no la continuación de la medida de investigación restrictiva de derechos fundamentales que deberá ajustarse a la regla general. Así lo venía ya exigiendo la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando señalaba: «la doctrina de esta Sala Casacional, ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendidos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición, y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma» (STS n.º 616/2012, de 10 de julio).

Resulta necesario que el Juez compruebe *la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento* (art. 579 bis.3). Esta previsión –introducida en el Senado por vía de enmienda al Anteproyecto de Ley– respondía a la finalidad de *reforzar el régimen de la preceptiva autorización judicial de estas medidas restrictivas, al tiempo que disuadir de su utilización abusiva como medidas alternativas al proceso*. En consecuencia, será preciso valorar y fundamentar que el hallazgo casual no se ha obtenido fraudulentamente, es decir, acordando medidas que –bajo el amparo de la averiguación de otro delito– realmente perseguían el descubrimiento de infracciones para cuya investigación no había fundamento.

Tampoco se establece límite alguno que pudiera derivar de la naturaleza del delito descubierto. En consecuencia, podrá utilizarse el hallazgo tanto si se trata de un delito homogéneo al investigado como si se trata de un delito totalmente dispar y heterogéneo al que motivó la adopción de la medida de investigación tecnológica.

La decisión de remitir el testimonio debe partir del Juez de Instrucción que acordó la medida inicial. Constituye práctica irregular la denuncia de la Policía Judicial en otro juzgado por mera indicación del Juez, dado que se trata de averiguaciones obtenidas durante el desarrollo de medidas restrictivas de derechos fundamentales. No puede partir del Juez competente para conocer el delito casualmente

hallado, en la medida en que el secreto de la pieza impide el conocimiento de terceros. Si ya se hubiera levantado, tal posibilidad sería admisible.

En cuanto a los concretos testimonios que habrán de deducirse y el momento para la deducción, es preciso remitirse al contenido de la Instrucción 2/2017, debiendo comprender, en todo caso, *la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen* (art. 579 bis LECrim).

El art. 579 bis contiene una previsión para evitar que la publicidad en uno de los procedimientos pueda frustrar la investigación secreta del otro: *se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce*. No especifica el artículo cuál de los jueces debe informar al otro, aunque –del contexto y finalidad de la norma– cabe interpretar que el Juez cuyo procedimiento permanezca secreto deberá informar al otro de esta circunstancia, que lo vinculará hasta que se alce. Esta regulación supone una alteración de las previsiones contenidas en el art. 302 LECrim, que parece vincular el secreto de las actuaciones a las vicisitudes del propio procedimiento en que se acuerda y no a las de otro procedimiento, como ocurre en el caso que se analiza. Ello, no obstante, a la vista de la regulación existente, debe entenderse que podrá tomarse como fundamento de la declaración de secreto y sus prórrogas la interconexión de ambos procedimientos que proclama el art. 579 bis LECrim, al tratarse de una medida indispensable para evitar que resulte comprometida de forma grave la investigación del otro procedimiento de esta manera interconectado. La interconexión podrá fundamentar tanto la declaración de secreto como la de las correspondientes prórrogas, al tratarse de una medida indispensable para evitar que resulte comprometida la investigación en los procedimientos así ligados.

## 2.9 Cese de la medida y destrucción de registros

Los arts. 588 bis j y 588 bis k regulan el cese de la medida de investigación tecnológica y la posterior destrucción de los registros que hubieran podido ser generados con su ejecución.

Por lo que al cese se refiere, la redacción del art. 588 bis j parece estar prevista para las medidas de ejecución continuada en el tiempo. Fija tres motivos que han de provocarlo: la desaparición de las cir-

cunstancias que justificaron su adopción, que se evidencie que con la medida no se obtienen los resultados pretendidos o que haya transcurrido el plazo inicialmente fijado para su ejecución. Realmente, los tres motivos señalados se podrían englobar en uno solo: la desaparición de los principios rectores que hubieran justificado la adopción de la medida de que se trate, es decir, las exigencias de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

En el caso de medidas de ejecución instantánea, como sería el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, no cabe hablar técnicamente de un cese de la medida, al no estar sujeta a un plazo de ejecución. Sí sería imaginable un cese del registro cuando se revelen datos que hagan pensar que han desaparecido los motivos que lo justificaron. Así, cuando surjan circunstancias que pongan de manifiesto que se ha producido un error en la persona responsable del delito investigado o que los equipos pertenecen a persona distinta del investigado.

Cuando se trate de la captación de imágenes en lugares públicos (art. 588 quinquies a), no obstante no ser necesaria la autorización judicial para su ejecución, debe entenderse que su cese está sujeto a los mismos motivos que el resto de las medidas. No deja de ser un medio de investigación que invade reductos de intimidad y, en consecuencia, desaparecida su justificación, la intromisión en el derecho fundamental del afectado quedaría huérfana de motivación. Cabe, incluso, que sea el propio Juez quien acuerde ese cese comunicándolo a tal efecto la unidad policial correspondiente.

Es importante recordar que la ausencia inicial de resultados no implica siempre la ineptitud de la medida. Si subsisten los motivos que justificaron su adopción y es presumible que arroje datos relevantes con posterioridad, persistirá su idoneidad para el fin perseguido.

La destrucción de los registros que regula el art. 588 bis k resulta aplicable a todas las medidas de investigación tecnológicas previstas en la ley. El Preámbulo de la LO 13/2015 señala el fundamento que se persigue: «se pretende con ello evitar toda difusión de un material que, por su propio contenido, podría dañar de forma irreparable la intimidad del afectado».

Esta prevención ya había sido puesta de relieve por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en relación con las intervenciones telefónicas y su sistema de almacenamiento, proclamaba: «en consideración a las características del sistema, si no se adoptan las necesarias cautelas, podría resultar posible el almacenamiento de una cantidad ingente de datos relativos a la actividad de numerosas personas, implicadas o no en hechos delictivos, que quedarían fuera del control directo y

exclusivo de la autoridad judicial (...) Es por ello que los Tribunales, de oficio (...) deberán acordar en sus sentencias la destrucción de las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias, conservando solamente de forma segura las copias entregadas a la autoridad judicial, y verificando en ejecución de sentencia, una vez firme, que tal destrucción se ha producido» (STS n.º 293/2011, de 14 de abril).

En la destrucción, distingue el art. 588 bis k entre los registros originales y las copias. La distinción alude, únicamente, al lugar y bajo el control de quien se encuentran, pero no a su calidad o naturaleza. La Ley habla de *los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida*, refiriéndose a sistemas –normalmente controlados por las unidades policiales que llevarán a cabo la medida, tales como el SITEL– para las intervenciones telefónicas o cualquier otro que se adopte para el resto de las medidas de investigación tecnológica. Las copias, sin embargo, estarán conservadas en el Juzgado bajo la custodia del Letrado de la Administración de Justicia.

Los registros originales deberán ser destruidos *una vez se ponga término al procedimiento mediante resolución firme*. Será, por lo tanto, en los casos en los que se haya dictado sentencia y esta haya ganado firmeza o cuando se haya terminado el procedimiento mediante auto de sobreseimiento libre que también haya quedado firme.

En el caso de las copias, el precepto establece una distinción según haya o no recaído sentencia condenatoria. En el primer caso, la destrucción habrá de tener lugar transcurridos cinco años *desde que la pena se haya ejecutado* (es decir, desde el auto por el que se acuerde su extinción definitiva). En los casos en los que no exista sentencia condenatoria, la destrucción de las copias debe hacerse *cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme*. Cuando se produzca la prescripción del delito o de la pena será necesaria una resolución judicial que así lo declare y, en todos los casos previstos (prescripción del delito, prescripción de la pena, sobreseimiento libre y sentencia absolutoria), que la resolución haya ganado firmeza.

Las dudas que pudieran suscitarse acerca de si el plazo de los cinco años es aplicable únicamente a los casos de sentencias condenatorias o también a las prescripciones, sobreseimientos y absoluciones, puede resolverse acudiendo a los antecedentes de la ley. El Anteproyecto preveía –en el art. 588 bis n– que la destrucción de las copias procedería *cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o el delito o la pena hayan prescrito*. La redacción

primitiva fue sustituida por la actual, lo que debe interpretarse como voluntad legislativa deliberada de establecer un tratamiento distinto para ambos supuestos.

La adquisición de firmeza de las resoluciones judiciales podría plantear alguna cuestión en el caso de que se interpusiera algún recurso que no la afecte (como podrían ser el recurso extraordinario de revisión, el recurso de amparo o el recurso ante el TEDH). El Tribunal podría verse imposibilitado para revisar las pruebas, en el caso de que este sea el objeto del recurso, al poder encontrarse los registros ya destruidos. En atención a esta circunstancia deberá guardarse una especial cautela, pudiendo acordarse la conservación de los registros por el Tribunal conforme a lo previsto en el último inciso del apartado segundo del precepto.

La destrucción de los registros no puede llevarse a cabo directamente por el simple transcurso del tiempo. Requiere motivar y valorar las circunstancias concurrentes en una resolución que, además, pueda ser discutida a través de la interposición de los oportunos recursos. Por lo tanto, en el caso de las sentencias –tanto condenatorias como absolutorias– los Sres. Fiscales deberán pedir en sus escritos de conclusiones provisionales que se incluya en las mismas un pronunciamiento expreso sobre la destrucción de los registros; cuando se trate de sentencias condenatorias, de los registros originales y, si la sentencia es absolutoria, tanto de los registros originales como de las copias, salvo que proceda su conservación conforme al último inciso del apartado 2 del art. 588 bis k. En el caso de los autos de prescripción o sobreseimiento, se instará la destrucción tanto de los registros originales como de las copias.

Mención especial merece el supuesto de la sentencia condenatoria. Concretamente, cabe plantearse si la destrucción definitiva de las copias de los registros debe acordarla el Tribunal en la sentencia (con efecto diferido al transcurso de cinco años desde la extinción de la pena) o, por el contrario, debe acordarla directamente en el auto por el que se acuerde la referida extinción. La segunda opción parece más ajustada al tenor literal de la ley –*se acordará... cuando hayan transcurrido cinco años*– y permite una mejor valoración de las circunstancias concurrentes para el caso de que el Tribunal tuviera que plantearse la conservación.

Aunque el art. 588 bis k.3 prevé que la destrucción de los registros se lleve a cabo por la Policía Judicial previa orden del Tribunal respectivo, no existe inconveniente alguno para que pueda ser encomendada a cualquier persona o entidad que se encuentre en situación privilegiada para ello. Esto podría ocurrir en aquellos casos en los que los

registros originales no se encuentren en poder de la policía, sino de alguna entidad colaboradora de la administración de justicia o cuando, por ejemplo, para la destrucción de documentación del Juzgado existan convenios de colaboración con otras administraciones o entidades.

Al acto de destrucción no resulta preceptiva la citación de las partes. Piénsese que no se trata de la práctica de una pericia, ni de la preconstitución o anticipación de prueba, ni de ningún tipo de acto que pudiera afectar al derecho de defensa, sino simplemente del agotamiento de un acto procesal en el que ya han podido participar durante su sustanciación ante el Órgano Judicial.

La necesidad de conservación de los registros se plantea como excepción a la regla general. Se trata de una facultad discrecional del Tribunal. Precisamente por ello requerirá una motivación reforzada, ya que como señala la STS n.º 854/2013, de 30 de octubre, «el fundamento de extender el deber reforzado de motivación (...) se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues solo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad».

Resulta difícil fundamentar la conservación de los registros cuando estos han agotado ya la finalidad que justificó la medida. Sería procedente acudir a los principios rectores de la limitación del derecho fundamental, si bien el sacrificio puede ser menor –e incluso, en algunos casos, casi inexistente–, por lo que las exigencias deben relativizarse. Así, podrían esgrimirse razones históricas para la conservación de registros realmente relevantes, la posible existencia de otros responsables del delito aún no juzgados, dificultades técnicas para la destrucción de determinados registros, la necesidad de conservar registros con fines de inteligencia policial en los supuestos más graves de actividades delictivas, como podrían ser los delitos de terrorismo o, como antes se indicaba, la pendencia de otros recursos, como el recurso de amparo, el recurso de revisión o el recurso ante el TEDH.

Debe tenerse en cuenta que la LECrim se refiere únicamente a la destrucción de los registros originales y de las copias conservadas bajo custodia del Letrado de la Administración de Justicia en el Juzgado. Ordinariamente existirán numerosas copias de esos registros fuera del Juzgado (las copias en poder de la Fiscalía, de la Policía Judicial y de las partes, cuanto menos), circunstancia que también podrá ser ponderada por el Tribunal a la hora de motivar su decisión de conservar los registros.

### 3. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

El Título VIII del Libro II de la LECrim concluye con un Capítulo X que, integrado únicamente por el art. 588 octies, regula la orden de conservación de datos. Se trata de una medida que, tanto el Ministerio Fiscal como la Policía Judicial, podrán emplear para asegurar la conservación de determinados datos que pueden ser incorporados al proceso en virtud de cualquiera de las medidas de investigación tecnológica que la Ley regula. Aunque la ley no lo prevé expresamente es obvio que el aseguramiento también podrá ser acordado de oficio por el Juez.

El precepto tiene su precedente inmediato en el art. 16 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (BOE de 17 septiembre de 2010), que debe servir para interpretar alguna de las dudas que suscita su aplicación.

La medida se va a referir, siempre, a datos que ya existen y están almacenados. Para evitar que puedan desaparecer se impone tal obligación a determinadas personas que presentan capacidad para ello. Su finalidad, por lo tanto, es preventiva; busca posibilitar la eficacia de una eventual diligencia de investigación tecnológica posterior que quedaría sin objeto si los datos hubieran desaparecido. Cuando se trate de datos a los que tengan acceso terceras personas (bases de datos o repositorios públicos a través de internet, por ejemplo), la orden no tiene por qué suponer que los datos se hagan inaccesibles, simplemente busca que no puedan ser eliminados, lo que puede resultar compatible con el acceso y uso de los mismos.

Esta medida puede adoptarse en relación con cualquier delito, pueda o no calificarse como ciberdelito, siempre que se trate de obtención de evidencias digitales.

La orden de conservación, en sí misma, no limita derecho fundamental alguno, ya que su único efecto es la «congelación» de los datos ya almacenados, sin que permita el acceso a los mismos cuando se trate de datos íntimos o restringidos, de ahí que pueda ser emitida por la Policía Judicial y por el Ministerio Fiscal sin necesidad de intervención judicial. Esta circunstancia determina que no se requiera una motivación especial para su validez, al margen de justificar sucintamente la necesidad de acordar la conservación para posibilitar la eficacia de una ulterior medida que se solicite. Por ello, bastará con indicar en la misma, además, los datos que deben ser conservados, el plazo de conservación y el destinatario de la orden, así como las prevenciones oportunas que permitan la posterior exigencia de responsabilidad penal por delito de desobediencia en caso de no ser atendida la

solicitud o no ser respetado el deber de sigilo y reserva que el precepto establece. La motivación más reforzada deberá reservarse para la posterior solicitud de la medida de investigación tecnológica al Juez, al que sí habrá que justificar la procedencia de recabar esos datos de esta manera asegurados.

La orden de conservación de datos que regula el art. 588 octies no está sujeta a las disposiciones comunes que, con carácter general, se regulan en los arts. 588 bis a a 588 bis k para todas las medidas de investigación tecnológica. A esa conclusión debe llegarse no solo porque en la rúbrica del Capítulo IV (referido a las disposiciones comunes) no se incluyan las medidas de aseguramiento, sino también, porque no se trata de una medida de investigación tecnológica. Ahora bien, dado que la medida de aseguramiento va encaminada a la adopción de una medida de investigación tecnológica posterior, los principios rectores deben ser objeto de consideración.

La orden de conservación no está sujeta a ningún tipo de control judicial. Son la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal los competentes para su adopción, sin que la regulación legal prevea trámite alguno de autorización, convalidación o control judicial posterior. Por eso, aunque lo razonable debería ser que la orden de conservación de datos se alzara tan pronto como el Juez desestimara la solicitud de la correspondiente medida de investigación tecnológica, nada impide su mantenimiento si con ello se pretende continuar con la investigación a la búsqueda de nuevos indicios o evidencias que justifiquen volver a solicitar la incorporación de los datos preservados al proceso. De hecho, el propio artículo fija la vigencia de la orden *hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente*. En otro caso, el cese de la orden deberá ponerse en conocimiento de su destinatario, correspondiendo dicha labor a la Policía Judicial o al Ministerio Fiscal, ya que el Juez carece de toda intervención.

En cuanto al objeto de la orden de conservación, lo concreta el art. 588 octies en los *datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento* y que sean susceptibles de ulterior cesión, previa autorización judicial, conforme a las previsiones del Título VIII LECrim. Se incluirán aquí, por lo tanto:

- El contenido de comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 ter b).
- Los datos electrónicos de tráfico o asociados a procesos de comunicación, así como los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación (art. 588 ter b).

– Los datos electrónicos, diferentes de los anteriores, conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole (arts. 588 ter j, k, l y m).

– Los datos contenidos en ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática, dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o repositorios telemáticos de datos (arts. 588 sexies a, a 588 septies a).

Se comprenden, en consecuencia, tanto los datos de tráfico y accesorios cuyo deber de conservación entre ya dentro de las obligaciones que el art. 3 de la Ley 25/2007, de 28 de octubre, *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones* impone a los operadores de comunicaciones electrónicas, como cualesquiera otros que pudieran encontrarse almacenados en un sistema accesible o no por el investigado (entre los primeros, su correo electrónico o su cuenta de almacenamiento en la nube; entre los segundos, los datos almacenados en redes sociales, por ejemplo).

En el caso de los datos de tráfico y accesorios conservados en virtud de la Ley 25/2007, a la obligación legal se superpone este nuevo deber de conservación, tratándose de obligaciones diferentes, con distinto origen y dispares consecuencias ante su incumplimiento. En principio, pudiera parecer innecesario dirigir una orden de conservación de datos a un operador ya obligado a ello por la Ley 25/2007, sin embargo, la diligencia cobra sentido si se aprecia la posibilidad de ampliar, con la orden de conservación, el plazo legal de retención que fija la Ley 25/2007; de esta manera, si la orden de conservación se remitiera al final del plazo de los 12 meses que establece la Ley 25/2007, el periodo de conservación se prorrogaría hasta el vencimiento del nuevo plazo fijado por la orden.

Destinatarios de la orden pueden ser tanto las personas físicas como las jurídicas. Deberá entenderse que no estarán exceptuados de su cumplimiento ni los parientes del investigado ni quienes resulten amparados por el secreto profesional (como podría ser su abogado). Así resulta del silencio que guarda la Ley sobre este punto, a diferencia de los casos en los que el legislador ha querido exceptuar a estas personas (arts. 588 sexies c.5 y 588 septies b.2). Por lo demás, la simple conservación de datos que ya se tienen almacenados supone un comportamiento neutro que no puede equipararse a la prestación de una declaración o a cualquier otra colaboración activa en la persecución del delito.

La orden de conservación deberá concretar expresamente el plazo durante el cual se extiende. El precepto establece un período máximo de 90 días, prorrogable una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan 180 días. Algunos autores han criticado el citado lapso temporal por considerarlo excesivamente amplio para el objeto de solicitar al Juez la referida cesión. Realmente, su duración no sólo está condicionada por esto último, sino por la necesidad de que la investigación alcance un cierto desarrollo para recabar los indicios suficientes que justifiquen la resolución judicial. Por otro lado, hay que tener en cuenta los supuestos de cooperación judicial internacional. Para esto último, el Convenio del Cibercrimen ya estableció la previsión del referido término en su art. 16 y la posibilidad de que las partes puedan prever que las órdenes sean renovables.

Cuando se trate de una solicitud de conservación de datos que se encuentren fuera de España, en los supuestos en los que resulte aplicable, habrá que atender a los requisitos y exigencias que se recogen en el art. 29 de la citada Convención de Budapest sobre la Ciberdelincuencia.

Finalmente, el precepto sujeta a responsabilidad penal a quienes incumplan, bien el deber de colaborar con la administración de justicia conservando los datos, bien el deber de guardar silencio, poniendo en peligro el éxito de la investigación. En cuanto al concreto alcance de esta responsabilidad, se remite el precepto al art. 588 ter e, previsto para la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. Como ya se expuso en el apartado 2.3.3.4 de esta Circular, por tanto, para que se aprecie la existencia de un delito de desobediencia habrá de valorarse la concurrencia de los elementos típicos sobradamente expuestos por la jurisprudencia del TS

#### 4. CLÁUSULA DE VIGENCIA

Como se ha señalado, la actual regulación contenida en la LECrim en materia de medidas de investigación tecnológica ha supuesto la incorporación al texto legal de una consolidada doctrina jurisprudencial que –fundamentalmente en torno a la interceptación de comunicaciones telefónicas– se ha venido elaborando durante los últimos años. Por ese mismo motivo, la presente Circular supone una actualización de la doctrina comprendida en otras anteriores, como la Circular 1/1999 de 29 de diciembre, *sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales y la Circular 1/2013,*

*sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*, cuyos criterios, en su mayor parte, son incorporados a esta nueva, lo que permite condensar en este documento la doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre la materia, sin perjuicio de la utilidad que pueda reportar para la aplicación de la nueva regulación el contenido de estas circulares en lo que no se oponga a la presente.

La Instrucción n.º 2/2017, *sobre procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal*, mantiene plenamente su vigencia, complementándose con las previsiones que se hacen en el presente documento.

## 5. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> La regulación de las diligencias de investigación tecnológica en la LECrim tiene exclusivamente por objeto la adopción de esta clase de medidas durante la instrucción de las causas penales o, en el caso de alguna de ellas, durante la fase de investigación preprocesal. En consecuencia, no será posible el recurso a alguna de estas medidas en momentos o con fines distintos, como sería el caso de adoptarse en la fase de ejecución de sentencia.

2.<sup>a</sup> El cumplimiento del principio de especialidad exige que cualquier resolución judicial que acuerde la práctica de una diligencia de investigación tecnológica en un procedimiento deba indicar el delito concreto que se investiga y los sujetos sospechosos investigados, con expresión de los elementos identificadores de los que se disponga en ese momento, llevando a cabo una delimitación del objeto de la medida que excluya investigaciones prospectivas o genéricas.

3.<sup>a</sup> Toda resolución judicial que acuerde la adopción de una medida de investigación tecnológica deberá valorar expresamente su aptitud potencial para la obtención de resultados relevantes para la investigación, tanto en atención al objeto y sujeto investigado, como en atención a la duración de la medida, en su caso (principio de idoneidad).

4.<sup>a</sup> Los principios de excepcionalidad y necesidad exigen que la resolución judicial justifique expresamente que los resultados que se pretenden obtener con la medida de investigación no puedan ser recabados de otra forma menos gravosa para el derecho fundamental afectado, de manera que la adopción de la medida sea estrictamente imprescindible desde la perspectiva del caso concreto.

5.<sup>a</sup> La resolución judicial que acuerde la limitación de alguno de los derechos recogidos en el art. 18 CE deberá exteriorizar, conforme a los criterios de ponderación que recoge el apartado 5 del art. 588 bis a, los motivos por los que considera que la medida de investigación tecnológica que adopta aportará un beneficio para el interés público o los terceros que supera el sacrificio de los derechos e intereses afectados por la medida, esto es, su proporcionalidad.

6.<sup>a</sup> Únicamente el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial estarán legitimados para instar del Juez de Instrucción medidas de investigación tecnológica. Lo anterior no impide que la acusación particular o popular, a pesar de que la ley no les otorga legitimación, propongan al Juez alguna de estas medidas. En estos supuestos únicamente cabría la adopción de oficio por el Juez, si llega a asumir la propuesta, si bien, en tal caso, la resolución que se dicte será notificada a la parte acusadora en el momento en que se alce el secreto de la pieza separada que habrá de incoarse (art. 588 bis d LECrim) con la finalidad de no frustrar la eficacia de la medida.

7.<sup>a</sup> Cuando las medidas de investigación tecnológicas sean instadas por el Ministerio Fiscal, la solicitud deberá proporcionar al Juez todos los datos indispensables para que la resolución que se dicte pueda justificar adecuadamente todos los extremos que se recogen en el art. 588 bis c, debiendo incluirse la calificación jurídica de los hechos investigados.

8.<sup>a</sup> Las deficiencias, irregularidades y omisiones que pudiera contener la solicitud inicial de medidas de investigación tecnológica no tienen por qué viciar la medida que se adopte, siempre que dichas irregularidades o deficiencias no se incorporen a la resolución judicial.

9.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales deberán extremar las cautelas con el fin de que figure siempre el informe del Ministerio Fiscal con carácter previo a la adopción de cualquier medida de investigación tecnológica debiendo ser el informe suficientemente expresivo de la legalidad de la medida. La simple omisión del informe previo constituirá una irregularidad procesal sin alcance constitucional. La omisión deberá subsanarse –con la mayor celeridad posible– mediante la notificación del auto. En su caso, la no interposición de recurso muestra la conformidad con la solicitud formulada y la resolución adoptada.

10.<sup>a</sup> La resolución judicial que autorice una medida de investigación tecnológica deberá contener una descripción de los hechos que se investigan y su calificación jurídica. Igualmente, deberá exteriorizar indicios de la existencia de una actividad delictiva que la justifique, en

los términos perfilados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, deberá reflejar la identidad tanto de los investigados como de cualquier otro afectado, siempre que fuera conocida. Cuando se desconozca, la resolución deberá precisar los datos de los que se tenga conocimiento que permitan la delimitación subjetiva.

11.<sup>a</sup> La resolución judicial deberá contener un requerimiento expreso dirigido al sujeto obligado que llevará a cabo la medida para que preste la colaboración necesaria para su ejecución y guarde secreto del contenido de la investigación, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

12.<sup>a</sup> La resolución judicial que acuerde la medida deberá fijar un plazo inicial de duración de la misma, dentro de los límites legales, que resulte idóneo desde la perspectiva de los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, debiendo exteriorizar la motivación que lo justifica. Igualmente indicará la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.

13.<sup>a</sup> La adopción de una medida de investigación tecnológica conlleva el secreto de la pieza en la que se tramite, pero no del resto del procedimiento. En consecuencia, deberá valorarse la necesidad de instar la declaración de secreto de la totalidad del procedimiento cuando su conocimiento por parte del investigado pudiera frustrar el resultado de las medidas adoptadas.

14.<sup>a</sup> Cada medida de investigación tecnológica que se tramite dará lugar a la formación de una pieza separada y secreta distinta, sin que resulte correcta la tramitación de varias de ellas en una misma pieza. Ello, no obstante, deberá incluirse en la misma pieza todo lo concerniente a la ejecución de cada medida de investigación tecnológica que afecte al mismo investigado, aunque recaiga sobre diversos dispositivos.

15.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales deberán instar la fijación de plazos de ejecución de las medidas de investigación tecnológica acordes con las previsiones legales y con las necesidades del caso concreto y el cese de la medida cuando su mantenimiento no resulte ya necesario para el esclarecimiento de los hechos.

16.<sup>a</sup> La motivación de las resoluciones judiciales que acuerden la prórroga de medidas de investigación tecnológica deberá referirse a la subsistencia de las causas que motivaron la adopción de la medida y a la necesidad del mantenimiento de la misma para los fines de la investigación.

17.<sup>a</sup> El control judicial de las medidas de investigación tecnológica exige la dación de cuenta periódica acerca de su desarrollo por parte de la Policía Judicial al Juez.

18.<sup>a</sup> Podrán adoptarse medidas de investigación tecnológica que afecten a personas no investigadas, conforme a lo previsto legalmente para cada una de ellas.

19.<sup>a</sup> Los hallazgos casuales que se produzcan en la ejecución de cualquier medida de investigación tecnológica podrán ser utilizados para la persecución de los nuevos delitos de los que se tenga conocimiento, debiendo deducirse de las actuaciones los testimonios necesarios para comprobar la legalidad del hallazgo. Para el mantenimiento de medidas de investigación tecnológica en el nuevo procedimiento nacido del hallazgo casual será precisa una nueva resolución judicial que, además de valorar los principios y requisitos generales para su adopción, compruebe que el hallazgo casual no se ha obtenido fraudulentamente.

En los casos de incoación de un segundo procedimiento como consecuencia de un hallazgo casual, los respectivos Jueces de Instrucción están vinculados por el secreto de las actuaciones acordado por cualquiera de ellos, debiendo mantener esta situación hasta que el secreto se alce en el otro procedimiento.

20.<sup>a</sup> Los registros obtenidos con la ejecución de medidas de investigación tecnológica deberán ser destruidos al término del procedimiento, conforme a las previsiones del art. 588 bis k, debiendo los Sres. Fiscales instarlo de manera expresa en sus escritos de conclusiones provisionales. La excepcional conservación de estos registros requerirá una resolución judicial que pondere la afectación de los derechos fundamentales con los beneficios que resultarían en el caso concreto.

21.<sup>a</sup> Las órdenes de conservación de datos que, como medidas de aseguramiento, acuerde la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal no limitan derechos fundamentales, no exigiendo una especial motivación, al margen de justificar sucintamente la necesidad de la conservación de los datos para posibilitar la eficacia de una ulterior medida que se solicite. Además, se habrán de incluir los datos que ordena conservar, el plazo de conservación y el destinatario de la orden, así como las prevenciones oportunas que permitan la posterior exigencia de responsabilidad penal por delito de desobediencia en caso de no ser atendida.

22.<sup>a</sup> La orden de conservación no está sujeta a ningún tipo de control judicial. Por eso, aunque lo razonable debería ser que se alzara tan pronto como el Juez desestimara la solicitud de la correspondiente medida de investigación tecnológica, nada impide su mantenimiento si con ello se pretende continuar con la investigación a la búsqueda de

nuevos indicios o evidencias que justifiquen volver a solicitar la incorporación de los datos preservados al proceso.

23.<sup>a</sup> Podrán librarse órdenes de conservación respecto de datos sobre los que sea posible adoptar posteriormente una medida de intervención tecnológica.

En razón a todo lo expuesto, los/las Sres./Sras. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.